Die Uebertragung des Erbrechts vor dem Erbfall.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Kurt Schumacher

Referendar am Kammergericht.

1931.

Die Uebertragung des Erbrechts vor dem Erbfall.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Kurt Schumacher

Referendar am Kammergericht.

Referent: Prof. Hans Erich Feine.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit!

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Die rechtliche Natur des Erbrechts vor dem Erbfall 10
A. Das Erbrecht **nach** dem Erbfall (11)
I. Beim Alleinerben (11)
insbes.: Die Unterscheidung zwischen Erbrecht und Erbschaft (11)
a. Das Erbrecht — i.e.S. — (12)
b. Die Erbschaft (15)
II. Beim Miterben (17)
a. Das Erbrecht (17)
b. Der Anteil am Nachlaß (18)
insbes.: Der Nachlaß als Rechtsobjekt (18)
insbes.: Die Gesamthandstheorien (22)
B Das Erbrecht **vor** dem Erbfall (23)
I. Das Erbrecht i. e. S. (23)
II. Das Recht an der Erbschaft (24)
§ 3. Die Lehre von der Uebertragung künftiger Rechte 25
I. Der Stand der Ansichten (26)
a. Die Gründe gegen die Uebertragbarkeit (26)
b. Die Gründe für die Uebertragbarkeit (28)
II. Die Zulässigkeit der antizipierten Uebertragung (29)
III. Die Voraussetzungen der antizipierten Uebertragung (31)
IV. Ergebnis (32)
§ 4 Die Uebertragung des künftigen Erbrechts 33
A. Die abstrakte Möglichkeit der Uebertragung (33)
I. Des Erbrechts i. e. S. (33)
II. Des Rechts am Nachlaß (34)
a. Beim Miterben (23)
b. Beim Alleinerben (34)
B. Positivrechtliche Bedenken und Einschränkungen (36)
I. Der numerus clausus des Erbrechts (36)
II. § 312 (37)
1. Bedenken gegen die Zulässigkeit (37)
insbes.: Die Geschichte des Erbschaftsvertrages (37)
2. Einschränkungen der Zulässigkeit (45)
III. § 2033 (46)
C. Ergebnis (47)
I. Das Reichsgericht (47)
II. Das Schrifttum (47)
§ 5. Die Wirkungen der antizipierten Erbschaftsübertragung . . .49
I. Wirkungen aus der Antizipation (49)
a. Die Vorwirkungen (49)
b. Die Wirkungstheorien der Antizipation (51)
II. Wirkungen der Uebertragung nach § 2033 Abs. 1 (53)
III. Bedeutung für die Praxis (55)

Literaturverzeichnis.

Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte. Berlin 1912.
Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen. 2 Bde Göttingen 1834—40.
Binder, Die Rechtsstellung der Erben. 3 Teile. Leipzig 1901—1905.
Binder, Erbrecht. Berlin 1923.
Binder, Vermögensrecht und Gegenstand, im ArchbürgR Bd. 34 S. 209 ff.
Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen 1879.
Brauweiler, Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht. Erl. Diss. 1903.
Busch u. a. Reichsgerichtsräte, Das bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928; 5. Bd. (Erbrecht) 7. Aufl. Berlin-Leipzig 1929.
Du Chesne, Anwartschaften in ZBlFG 1909 S. 234 ff.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900—1912.
Dernburg, Lehrbuch d. Preußischen Privatrechts. 4. Aufl. Halle 1896.
Dreyfus, Die Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1911.
Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen in DJZ 1904 S. 426 ff.
Eccius, Wesen der Verfügung in Gruchotsbeitr. Bd. 48 S. 465 ff.
Eccius, Abtretung künftiger Forderungen in GruchotsBeitr. Bd. 53 S. 1 ff.
Eger, Das Gesetz über die Bahneinheiten. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1914.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 3 Erbrecht. 8.—9. Aufl. Berlin 1919.
Endemann, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils und sein Recht auf Erteilung des Erbscheins, in JW 1910, S. 89 ff.
Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft. Berlin 1914.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit. Berlin 1903.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1: Einleitung, Allgem Teil. 13. Bearb. Marburg 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 11. Bearb. Marburg 1930.
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1888.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Berlin 1888.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 3. Bde. Leipzig 1895—1917.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldmann-Heinitz, Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit. 13. Aufl. Berlin 1926.
Gruchot, Preußisches Erbrecht. Berlin 1866.
Hasse, Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft usw., im Rheinischen Museum Bd. 2 S. 149 ff.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.
Heuer, Ist die Abtretung künftiger Forderungen nach dem BGB möglich? in DJZ 1903 S. 28 ff.
Hoddick, Verfügung über künftige Rechte. Borna-Leipzig 1907.
Ihering, Geist des römischen Rechts. 2. Teil. 5. Aufl. Leipzig 1906.
Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum. ZfHR Bd. 49 S. 140 ff. und Bd. 50 S. 47 ff.
Isay, Patentgesetz, 4. Aufl. Berlin 1926.
Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1911
Kipp, Erbrecht. 8. Bearb. 1930.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Kreß, Die Erbgemeinschaft. Jena 1903.
Kretzschmar, Das Erbrecht des Dtsch. Bürgerl. Gesetzb. 2. Aufl. Leipzig 1913.
Kretzschmar, Verfügungen über einen Erbteil. Recht 1908 S. 265 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Leonhard, Erbrecht (5. Bd. von Oertmanns Kommentar) 2. Auf. 1912.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. München-Leipzig 1929
Lippmann, Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen. DJZ 1904 S. 255.
Lützeler, Zur Abtretung des Geschäftsanteils einer GmbH. DNotV 1902 S. 536 ff.
Martinius, Der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil . . . DNotV 1903 S. 253 ff.
Motive für den Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1888.
Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien. GruchotsBeitr. Bd. 54 S. 226 ff.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928.
Oertmann, Die Rechtsbedingung. Leipzig-Erlangen 1924.
v. Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte. Leipzig-Wien 1909.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1913—1930.
Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. Breslau 1910.
Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897.
Roth, Bayrisches Civilrecht. 3 Teile. Tübingen 1871—1875.
Scheibner, Ist zur Wirksamkeit eines nach § 312 Abs. 2 geschlossenen Vertrages erforderlich . . . ZBlFG 1912 S. 338 ff.
Schiff, Verträge nach § 312 Abs. 2 BGB. Erl. Diss. 1913.
Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Jena 1899.
Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. ArchzivPr. Bd. 105 S. 1 ff.
Semeka, Das Wartrecht. ArchbürgR Bd. 35 S. 121 ff.

Sohm, Der Gegenstand. J. d. Festgabe f. Degenkolb. Leipzig 1905.
Sohm, Noch einmal der Gegenstand. Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 373 ff.
Staub, (— Bondi — Pinner), Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. — 13. Aufl. Leipzig 1926.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Ges. betr. die Ges. m. b. Haftung. 5. Aufl. Berlin-Leipzig 1926.
Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930.
Straus, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903 S. 342.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht. 3. Aufl. Berlin 1903.
Strohal, Anteil am ungeteilten Nachlaß und Erbschein. J. d. Festschr. f. O. Gierke zum 70. Geburtstag. S. 917 ff.
Süß, Abtretung künftiger Ansprüche München-Berlin 1910.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts. 3 Bde. Leipzig 1910—1918.
v. Tuhr, Verfügung über künftige Forderungen. DJZ 1904 S. 426 ff.
v. Tuhr, Abtretung künftiger Forderungen. Bank A Bd. 7 S. 227 ff.
Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Warneyer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile. ArchzivPr. Bd. 89 S. 420 ff.
Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Sachenrecht. 8. Bearb. Marburg 1931.
Wolff-Kipp, Familienrecht, 7. Bearb. Marburg 1931.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. 2 Bde. München-Leipzig 1912.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage, ob das Erbrecht vor dem Erbfall den Gegenstand einer Uebertragung bilden kann, wird vom Gesetz nicht beantwortet. Es ist insbes. aus den hier einschlagenden Vorschriften des § 312 Abs. 2, des § 2033 Abs. 1; sowie aus den Vorschriften über den Erbverzicht und den Erbvertrag für diese Frage unmittelbar nichts zu entnehmen.

Der § 312 Abs. 2 gestattet einen „Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil . . . eines von ihnen geschlossen wird".

Die systematische Stellung dieser Vorschrift — im Recht der **Schuldverhältnisse** — , ein Vergleich mit den benachbarten §§ 310 f., 313 — „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil **verpflichtet**" —, und schließlich die Protokolle [1]) — „nur ein **obligatorischer Anspruch** auf den Erbteil des Abgefundenen" — lassen jedoch keinen Zweifel, daß sich der § 312 Abs. 2 lediglich auf obligatorische Verträge bezieht. [2]) Unter „Uebertragung" eines Rechts versteht man indessen den Rechtsvorgang, der unmittelbar einen Wechsel des Rechtssubjektes bewirkt, nicht schon einen obligatorischen Vertrag, der lediglich die Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Uebertragung begründet.

Eine Bestimmung, die sich mit einer Verfügung über den Erbteil, das Miterbenrecht, also auch mit einer unmitelbar wirkenden Uebertragung beschäftigt, enthält § 2033 Abs. 1.

Doch beantwortet auch diese Gesetzesstelle unsere Frage nicht, da sie den Eintritt des Erbfalls voraussetzt. Das ergibt sich einwandfrei aus dem Wortlaut des § 2033 — von einem „Miterben" und einem „Anteil am Nachlaß" kann nur **nach** dem Erbfall die Rede sein — und aus dem Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 2032, wonach der § 2033 in der Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft seinen Zweck findet.

Auch die Vorschriften über den Erbvertrag und den Erbverzicht berühren unsere Frage nicht. Zwar könnte man mit Hilfe eines Erbeinsetzungsvertrages oder mit Hilfe eines Erbverzichtes in Verbindung mit einer Verfügung von Todeswegen praktisch dasselbe Ergebnis wie mit einer Uebertragung des Erbrechts herbeiführen, doch würde das niemals eine Uebertragung des Erbrechts bedeuten: zum Begriff der Uebertragung eines Rechts gehört nicht nur der Wechsel des Subjekts, sondern auch die Identität des Rechtes; bei dem Erbvertrag und dem Erbver-

[1]) Bd. 1 S. 456.

[2]) RG 65 S. 367; 71 S. 136; RG in WarnE 1918 S. 222; und durchgehend die Kommentare zu § 312; a. M. im Ergebnis nur Endemann, vgl. unten Seite 48 f.

zicht wird dagegen das eine Erbrecht vernichtet und an dessen Stelle vom Erblasser mittels einer Erbeinsetzung ein neues Erbrecht geschaffen.

Da das Gesetz über unsere Frage keine Bestimmung enthält, ist das Problem: Wie ist das Schweigen des Gesetzes aufzufassen? Geht das Gesetz von der grundsätzlichen Uebertragbarkeit des Erbrechts vor dem Erbfall aus oder von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Übertragung?

Zur Lösung des Problems ist zunächst — im § 2 der Arbeit — zu untersuchen, unter welchen nächsthöheren Bedriff sich das Erbrecht vor dem Erbfall unterordnen läßt, oder anders ausgedrückt: was die rechtliche Natur des Erbrechts vor dem Erbfall ist

Nachdem wir hierbei gesehen haben, daß es sich teils um eine künftige Rechtsposition, teils um künftige subjektive Rechte handelt, muß sodann — im § 3 — geprüft werden, ob derartige Rechtsgebilde übertragbar sind.

Auf Grund der gefundenen Ergebnisse kann im § 4 festgestellt werden, ob und inwieweit auch das Erbrecht vor dem Erbfall Gegenstand einer Uebertragung sein kann.

Im § 5 ist schließlich zur näheren Charakterisierung der Uebertragung des Erbrechts vor dem Erbfall ein Ueberblick über die Wirkungen einer solchen Uebertragung zu geben.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Erbrechts vor dem Erbfall.

Unter Erbrecht wird gemeinhin nur das Erbrecht **nach** dem Erbfall verstanden. [3]) Dieser Sprachgebrauch erklärt sich daraus, daß man als Erbrecht diejenige Rechtsstellung bezeichnet, die sich für den Erben aus dem Erbfall ergibt. In diesem Sinne ist es offenbar ein Widerspruch in sich selbst, wenn hier von einem Erbrecht **vor** dem Erbfall gehandelt werden soll.

Dem ist jedoch zu entgegnen, daß in der Sprache des täglichen Lebens mit „Erbrecht" auch die Rechtsstellung desjenigen bezeichnet wird, der lediglich die Aussicht hat, in Zukunft einmal Erbe zu werden. Und auch das Gesetz hat sich diesen Sprachgebrauch zu eigen gemacht und spricht bezüglich der Rechtslage **vor** dem Erbfall nicht nur von einem „künftigen Erbrecht", [4]) sondern auch schlechthin von einem „Erben" [5]) und von einem „Erbrecht" [6]). Es erscheint mir daher bedenkenlos, dem üblichen Begriff des Erbrechts als Erbrecht nach dem Erbfall den Begriff des Erbrechts vor dem Erbfall gegenüberzustellen. [7]) [8])

---

[3]) Z. B. Planck I 1 vor § 2018.
[4]) §§ 511, 1477 Abs. 2, 1521, 1551 Abs. 1, 1556.
[5]) § 312.
[6]) §§ 1767 Abs. 1, 2346, 2349, 2350, 2352.
[7]) So auch Kipp § 11; Leonhard § 1922 V.
[8]) Aehnlich wurde auch im gemeinen Recht das Jus succedendi, d. h. das Recht, sich durch aditio hereditatis zum Erben zu machen, als Erbrecht bezeichnet. Vgl. Windscheid-Kipp § 536 Anm. 3.

Das Erbrecht vor dem Erbfall ist die Rechtsstellung, die sich daraus ergibt, daß jemand voraussichtlich später einmal Erbe werden wird, daß er später einmal ein Erbrecht in dem üblichen Sinne haben wird. Deshalb muß, wenn hier die Frage nach der Rechtsnatur des Erbrechts **vor** dem Erbfall untersucht werden soll (B), zunächst die Vorfrage (A) beantwortet werden: als was stellt sich das Erbrecht **nach** dem Erbfall dar.

A. Die Rechtsverhältnisse des Erben sind vom Gesetz in der Form geregelt, daß es die Stellung des Alleinerben regelt und bezüglich des Miterben grundsätzlich auf diese Regelung verweist. [9]) Es empfiehlt sich, auch hier dieser Anordnung zu folgen und zunächst (I) von den einfacheren Verhältnissen bei dem Alleinerben auszugehen, und erst im Anschluß hieran (II) das Miterbenrecht zu betrachten.

I. Bei der Untersuchung des Rechts des Alleinerben muß eine Unterscheidung von grundlegender Bedeutung gemacht werden. Man muß juristisch trennen zwischen:

a. dem **Erbrecht** i. e. S., d. h. der „Stellung als Erbe", dem heredem esse" und

b. der **Erbschaft** oder dem **Recht an der Erbschaft;** hierunter ist das Recht des Erben an den nachgelassenen Vermögensstücken [10]) des Erblassers zu verstehen, die „hereditas" [11]).

Das logische Verhältnis dieser beiden Begriffe ist derart, daß der erstere der weitere ist, insofern als das Recht an der Erbschaft — b — einen Bestandteil des Erbrechts — a — bildet: eine Folge des heredem esse ist die hereditas; weil man Erbe geworden ist, deshalb erwirbt man das nachgelassene Vermögen. Da aber das Erbesein außer der Erbschaft noch andere Rechtsfolgen zeitigt, [12]) so sind diese beiden Begriffe nicht identisch; ihre deutliche Scheidung ist vielmehr von besonderer Wichtigkeit.

Demgegenüber ist zu bedauern, daß bei den Beratungen zum BGB dieser Unterschied nicht klar erkannt wurde, und daß daher das BGB eine scharfe Trennung dieser beiden Begriffe nicht kennt. [13])

Die Berechtigung dieser Unterscheidung wird heute nur vereinzelt bestritten, mit besonderer Schärfe von Endemann. [14])

---

[9]) § 1922 Abs. 2.

[10]) Wir legen dieser Arbeit den Vermögensbegriff der h.L. zu Grunde, die unter Vermögen den Inbegriff der Aktiva, nie aber die Passiva versteht. Vgl. Binder, Rechtsstellung S. 7 ff., RGR-Komm. § 1922, 5., Enneccerus Nipperdey § 124 I 2.

[11]) Die Terminologie war früher nicht einheitlich, in den Quellen kommt hereditas auch in der Bedeutung „Erbrecht" vor (Dig. 43, 19, 3, 2). Windscheid-Kipp (§ 605) will auch mit „Erbschaft" die Stellung des Erben als solchen bezeichnen, wobei er freilich hinzufügt (Anm. 11), daß dieser Ausdruck vorzugsweise das ererbte Vermögen bezeichnet. Heute hat sich der obige Sprachgebrauch im Anschluß an Binders „Rechtsstellung" aber allgemein eingebürgert.

[12]) S. u. S. 13 f.

[13]) Binder, Rechtsstellung I S. 94 f.

[14]) Lehrbuch S. 70.

Seine Beweisführung läuft im wesentlichen darauf hinaus, daß die hereditas der wichtigste Inhalt des heredem esse ist: der Zweck der Erbfolgeordnung sei, dem Nachlaß in der Person des Erben den Herrn und Haftenden zu geben; damit sei die hereditas der wesentliche Inhalt und der eigentliche Zweck des subjektiven Erbrechts; infolgedessen sei kein Unterschied in dem materiellen Inhalt beider Begriffe zu finden, beide Begriffe seien vielmehr identisch.

Es ist zwar richtig, daß praktisch in der Regel die Erbschaft den Hauptinhalt des Erbrechts bildet; doch darf man daraus noch nicht folgern, daß eine konstruktive Scheidung beider Begriffe unberechtigt ist, und erst recht nicht, daß beide Begriffe überhaupt identisch sind. Im Gegenteil hat sich die Unterscheidung von Erbschaft und Erbrecht als durchaus fruchtbar erwiesen, sie wird daher sonst heute allgemein durchgeführt, von der Rechtsprechung [15]) wie vom Schrifttum. [16])

Nachdem wir den grundsätzlichen Unterschied zwischen Erbrecht und Erbschaft kennen gelernt haben, kann nunmehr im Einzelnen die Rechtsnatur des Erbrechts (a) und der Erbschaft (b) untersucht werden.

a. Um das **Erbrecht** rechtlich qualifizieren zu können, müssen wir feststellen, inwiefern dieser Begriff im objektiven Recht von Bedeutung ist.

Das Gesetz verwendet den Begriff des „Erben" und des „Erbeseins" in streng technischem Sinne. [17]) Und zwar geht der Gesetzgeber so vor, daß er in vielen, über das ganze Gesetz verstreuten Bestimmungen Rechte und Rechtsbeziehungen an eine Person knüpft, die von ihm als Erbe bezeichnet wird, ohne daß an diesen Stellen selbst gesagt wird, was und wer ein Erbe ist. Das Wort „Erbe" ist dort ein Blankobegriff, der seine Ausfüllung durch die §§ 1923—1941 erfährt, indem der Gesetzgeber hier sagt, wer Erbe ist. Der Gesetzgeber teilt also die erbrechtlichen Rechtssätze derart in zwei Teile, daß er auf der einen Seite an vielen Orten die verschiedensten Rechtsfolgen normiert, und daß er auf der anderen Seite einheitlich an einer Stelle die allen diesen Rechtsfolgen gemeinsame tatbestandsmäßige Voraussetzung ausspricht. Als Bindeglied zwischen den getrennten Teilen eines jeden Rechtssatzes, zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, dient der Begriff des Erbeseins. [18]) Was man nun als Erbrecht, als Erbenstellung bezeichnet, ist nichts weiter als die Verknüpfung einer Person, des Erben, mit allen diesen Rechtsfolgen.

Wenn wir die rechtliche Natur des Erbrechts feststellen wollen, so müssen wir daher vor allem einen Ueberblick über diese erbrechtlichen Rechtsfolgen zu gewinnen suchen.

Die praktisch wichtigste Rechtsfolge ist das bereits erwähnte Recht

---

[15]) RG 64 S. 175; OLG 10 S. 299 ff.

[16]) Z. B. Binder, ArchbürgR 34 S. 234, 237 Anm. 78; Strohal in der Festschrift S. 922; Leonhard zu § 1922 V; Planck § 1922, 2 b; Staudinger § 2033, 1 e.

[17]) RG 67 S. 175.

[18]) Ein anderer, spezieller Erbenbegriff wird in § 167 VVG verwendet: im Sinne dieses § kann nach ausdrücklicher Vorschrift auch die Ausschlagung nicht die Erbenqualität vernichten.

an der Erbschaft, der eigentliche vermögensrechtliche Inhalt des Erbrechts (§ 1922). [19])

Als Gegenstück zur Erbschaft ist die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten ein Ausfluß des Erbrechts (§ 1967). [20])

Ferner gehört zu den Rechtsfolgen des Erbeseins — nicht dagegen zur Erbschaft [21]) — der Eintritt in gewisse Rechtsbeziehungen des Erblassers:

für den Erben wirkt eine vom Erblasser abgegebene Offerte fort (§ 153) [22]);

bei der Verfügung eines Nichtberechtigten hat das Erbesein des Berechtigten (wenn er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet) die Konvaleszenz der Verfügung zur Folge (§ 185 Abs. 2) [23]);

---

[19]) Die Anordnung des Ueberganges der Erbschaft auf den Erben ist der alleinige Inhalt dieses §. Methodisch verkehrt ist es, wenn der Gesetzgeber an dieser Stelle noch eine Definition des Erben geben zu müssen glaubte. Denn der Begriff des Erben ist ein rein technischer und bedarf als solcher keiner Definition. Wenn gefragt wird: wer ist Erbe, so geben darüber die §§ 1923 ff., nicht der § 1922 Auskunft. Daraus folgt, daß — entgegen dem § 1922 — auch dann ein Erbe vorhanden ist, wenn ein Vermögen des Erblassers, das auf den Erben übergehen könnte, zur Zeit des Erbfalls nicht vorhanden ist, etwa weil die allgemeine Gütergemeinschaft des Erblassers zwischen seinem Ehegatten und seinen Nachkömmlingen fortgesetzt wird und der Erblasser weder Vorbehalts- noch Sondergut besaß. Staudinger § 1922 I 1 d; a. M. Endemann, der den § 1922 zur Bestimmung des Erben für maßgeblich hält und demzufolge in dem Fall, daß der Erblasser ohne vererbliches Vermögen stirbt, das Vorhandensein eines Erbfalls und eines Erben leugnet (Lehrb. S. 70 u. S. 2).

[20]) Nach Anm. 10 sind die Nachlaßverbindlichkeiten nicht Bestandteile der Erbschaft. Die Haftung für dieselben ergibt sich vielmehr aus der Stellung als Erbe. Vgl. Kipp § 1 III; Strohal II S. 175; Binder Rechtsstellung I S. 7 ff., RG 60 S. 132.

[21]) Daher bleiben bei einer Veräußerung des Erbteils nach § 2033 Abs. 1 die angeführten Rechtsbeziehungen in der Person des Erben bestehen und gehen nicht auf den Erbteilserwerber über, — wenn man sich mit der herrschenden und richtigen Ansicht (s. unten S. 53 f.) auf den Standpunkt stellt, daß bei einer Uebertragung des Erbteils nach § 2033 Abs. 1 das Erbrecht selbst nicht übertragen wird.

[22]) Binder, Rechtsstellung I S. 39.

[23]) Eine Konvaleszenz tritt also nicht ein, wenn der Berechtigte lediglich die Erbschaft von den Miterben erwibt, unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten vorausgesetzt; der Berechtigte hat dann evtl. nur die Verpflichtung, die Verfügung noch einmal vorzunehmen oder zu genehmigen. Das ist bedeutsam, wenn nach dem Erbschaftserwerb der Berechtigte in Konkurs fällt. Zu einem anderen Resultat müßte man gelangen, wenn man hier einen Bestandteil der Erbschaft, nicht des Erbrechts annähme, oder wenn man bei einer Erbteilsübertragung zugleich das Erbrecht übergehen ließe.

der Erbe tritt in die Rechtsstellung ein, die der Erblasser als ein bei einer Anweisung Beteiligter innegehabt hat (§ 791) [24];

der Erbe hat die Befugnis, die erforderliche Einwilligung zur Fortführung der Firma des Erblassers zu erteilen (§ 22 HGB); [25]

der Erbe tritt in die Rechtsstellung ein, die sich aus der Fortdauer einer vom Erblasser erteilten Prokura oder Prozeßvollmacht ergibt (HGB § 52; ZPO § 86). [22] [26]

Außerdem hat das Erbrecht noch Wirkungen, die ihren Grund in der Tatsache der Erfolge selbst haben:

das Ausschlagungsrecht (§ 1952);

die Eigenschaft, für Erbunwürdig erklärt zu werden (§ 2339);

das Recht auf Ausstellung des Erbscheines (§ 2353). [27] [28]

Die verschiedensten Arten von Rechtswirkungen knüpft also das Recht an den Tatbestand des Erbeseins, Rechtswirkungen, deren Zusammenfassung unter einen einheitlichen Oberbegriff nicht möglich ist. Außer um Rechte handelt es sich hier auch um Pflichten, um Rechtsverhältnisse und bloße Rechtsbeziehungen. Daraus folgt, daß wir das Erbrecht selbst nicht etwa als einen Inbegriff von Rechten charakterisieren können. Ebenso falsch wäre es, hier ein subjektives Recht sehen zu wollen,[29] wozu die Bezeichnung „Erb**recht**“ vielleicht verleiten könnte Denn was sollte der Gegenstand dieses Rechts sein? Um subjektive Rechte kann es sich höchstens bei den einzelnen Bestandteilen des Erbrechts, insbes. bei der Erbschaft handeln.

Wenn wir das Erbrecht in positiver Weise rechtlich charakterisieren wollen, so kann nach unseren Ausführungen hier nur ein **Tatbestand** angenommen werden, **an den das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen** verschiedenster Art **knüpft.** Es handelt sich hier also um einen persönlichen Status, vergleichbar etwa mit der Kaufmannseigenschaft oder mit der Volljährigkeit. Regelmäßig wird das Erbrecht als ein Rechtsverhältnis bezeichnet, [30] wogegen rein begrifflich nichts einzuwenden ist, wenn man

---

[24]) Außer wenn der Erblasser eine bereits angenommene Anweisung hinterlassen hat —, diese gehört als ein Vermögensrecht in den Nachlaß —, oder eine Anweisung bereits angenommen hat, — dann gehört die Verpflichtung aus der Annahme zu den Nachlaßververbindlichkeiten—.

[25]) KG Jahrb. 29 A S. 85; Staub. § 22 Anm. 7.

[26]) Veräußern alle Erben ihre Anteile nach § 2033 Abs. 1, so erlischt die Prokura, ebenso wie dieselbe nach h. L. (z. B. Staub. § 56, Anm. 15) bei Veräußerung des Handelsgeschäftes erlöschen würde.

[27]) RG 64 S. 175; OLG 10 S. 299 und die h. L., z. B. Strohal in der Festschrift S. 917 ff. a. M. Endemann in JW 1910 S. 89 ff., Leonhard § 2033 III C 1.

[28]) Von der h. L. wird hierher auch das Vorkaufsrecht des Miterben (§ 2034) gezählt. M. E. zu Unrecht. Vgl. unten Anm. 239.

[29]) So Endemann Lehrb. S. 68 ff., Enneccerus-Nipperdey § 72 IV 2; Sohm in IheringsJahrb. S. 374: ein geldwertes, aber kein Vermögensrecht.

[30]) Binder, ArchbürgR S. 233: „Objektives Rechtsverhältnis“; v. Tuhr I S.128; Hellwig ZivilprozeßR I S. 212; Kretzschmar, Erbrecht S. 15. Allerdings erscheint es mir richtiger, hier

das Rechtsverhältnis als ein „rechtlich bedeutsames und deshalb vom Rechte bestimmtes Lebensverhältnis" definiert. [31])

Folgerungen aus diesem Ergebnis, — daß es sich nicht um ein subjektives Recht handelt —, sind, daß das Erbrecht als solches nicht zum Vermögen des Erben gehört, daher nicht in die Konkursmasse fällt und nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein kann, [32]) daß es bei dem Güterstand der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung als nicht zum eingebrachten Gut — wie auch nicht zum Vorbehaltsgut — der Frau gehörig, nicht der Verwaltung des Mannes unterliegt, sondern ein persönlicher Status der Frau bleibt.

Das Erbrecht kann bestritten und daher Gegenstand einer Feststellungsklage sein, [33]) doch ist eine Verletzung des Erbrechts ebensowenig denkbar wie etwa eine Verletzung der Volljährigkeit, [34]) deshalb auch ein einheitlicher Erbenanspruch nicht gegeben. [35])

b.. Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Rechtsnatur der **Erbschaft**, d. h. der ererbten Rechte. Hier handelt es sich um wirkliche subjektive Rechte, [36]) dieselben Rechte, die vor dem Erbfall das Vermögen des Erblassers bildeten.

Es fragt sich aber, ob das Recht an der Erbschaft nicht mehr ist als eine bloße Summe, als ein Inbegriff von Einzelrechten, ob es nicht darüber hinaus selbst ein einheitliches Recht ist, dessen Objekt der Nachlaß als eine Einheit, als eine universitas juris wäre.

Ein derartiges einheitliches Recht an der Erbschaft wird aber —

---

von einem Rechtsverhältnis nicht zu sprechen. Denn unter Rechtsverhältnis wird regelmäßig nur die Rechtsbeziehung zu Personen oder Gegenständen verstanden (Enneccerus-Nipperdey § 64 I 2), hier handelt es sich dagegen um ein rechtlich bedeutsames Lebensverhältnis, das lediglich in einer Person als solcher begründet ist. Ebenso wie bei der Volljährigkeit oder der Kaufmannseigenschaft sollte man auch hier daher nur von einem persönlichen Status sprechen.

---

[31]) Enneccerus § 64 I, u.a.

[32]) Binder, ArchbürgR S. 236.

[33]) Hellwig S. 212; Binder, ArchbürgR S. 234.

[34]) Binder a. a. O. Dagegen hält Hellwig (a. a. O.) die Erlangung eines falschen Erbscheins für eine Verletzung des Erbrechts. Doch zu Unrecht, da hierin nur eine Verletzung des im § 2353 gegebenen Anspruchs und in dem Gebrauchmachen in der Regel eine Verletzung des Rechtes an der Erbschaft zu finden ist. — Das Erbrecht, der Tatbestand des Erbeseins, wird dadurch nicht berührt.

[35]) Binder a. a. O. Es erscheint mir aber verfehlt, deshalb auch die Einheitlichkeit des Erbschaftsanspruchs (§ 2018 ff.) zu leugnen: der Erbschaftsanspruch hat seinen Grund nicht in einer Verletzung des Erbrechts, sondern der Erbschaft, und ist ebenso ein einheitlicher Anspruch wie diese ein einheitliches Vermögen.

[36]) Es ist also gerade umgekehrt, wie die Namen vermuten lassen. Hellwig bezeichnet daher auch die Erbschaft — im Gegensatz zum Erbrecht — als „ererbte Rechte". I S. 212.

wie schon im gemeinen Recht das dominium hereditaits [37]) — von der überwiegenden Lehre mit Recht abgelehnt.[38])

Doch darf man nicht deshalb zu einer Ablehnung kommen, weil man ein einheitliches Recht an einem Vermögensganzen überhaupt für ausgeschlossen hält. [39]) Denn ein einheitliches absolutes Recht an einem Vermögen ist durchaus möglich und vom Rechte anerkannt. Wenn man den Begriff des subjektiven Rechts kennzeichnet als die von der Rechtsordnung dem menschlichen Willen verliehene Macht, so ist nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung im Einzelfalle nicht auch auf ein Vermögen als Ganzes sollte einen Einfluß gewähren können. So ist z. B. bei dem gesetzlichen Güterstand das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht als ein begrenztes Recht an dem eingebrachten Gut der Frau anzusehen. [40]) Ein Vollrecht an einem Sondervermögen ist vom Gesetz ausdrücklich für die Bahneinheiten zugelassen (vgl. pr. Ges. vom 19. August 1895). Daß der Gesetzgeber hier ein neues, von der Summe der Bestandteile verschiedenes Rechtsobjekt geschaffen hat, geht mit Deutlichkeit aus der Begründung hervor.[41])

Zwar darf man nicht die Rechte am Vermögensganzen den spezifisch sachenrechtlichen Rechten des BGB gleichsetzen, und etwa ein „Eigentum" am Vermögen annehmen. Denn die von dem Gesetz für die Sachen, d. h. die körperlichen Gegenstände (§ 90) aufgestellten Regeln würden für das Recht an einem Vermögen — als einem unkörperlichen Gegenstand — nicht passen. Vielmehr würde es sich hier um ein Vollrecht an einer Gesamtheit von Gegenständen handeln, das dem Eigentum, d. h. dem Vollrecht an einer Einzelsache, nur analog wäre. [42])

---

[37]) Vgl. Windscheid-Kipp § 605 Anm. 12; anders mit besonderer Schärfe: Birkmeyer S. 84 ff., woselbst weitere Literatur.

[38]) Heute dagegen für ein einheitliches Recht an der Erbschaft: Endemann Lehrb. S. 24 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 72 IV 2; Eltzbacher S. 330, 332, Langheineken S. 189 Anm. 2.

[39]) So Binder, Rechtsstellung I S. 19 ff., insbes. S. 25; v. Thur I S. 359.

[40]) Wolff, Familienrecht § 47 II; Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 64. a. M. v. Tuhr I S. 329.

[41]) „Bei der Zusammenfassung der verschiedenen Vermögenswerte zu einer Einheit handelt es sich nicht bloß um eine abgekürzte Bezeichnung einer Mehrheit von Sachen, welche ihre volle rechtliche Selbständigkeit behalten, vielmehr wird durch dieselbe ein neues eigentümliches Rechtsobjekt geschaffen, welches nicht mit der Summe der Bestandteile zusammenfällt, sondern trotz des Wechsels desselben unverändert bleibt und dessen jeweilige Bestandteile für die Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Einheit ihre rechtliche Selbständigkeit zwar nicht völlig einbüßen, aber doch infolge dieser Zugehörigkeit rechtlichen Beschränkungen unterworfen werden." S. 27. Zitiert nach Eger, § 1 Anm. 1.

[42]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 64; für die Objektsfähigkeit des Vermögens u. a.: insbes. Gierke a. a. O. S. 63 ff.; Zitelmann II S. 21ff. Brauweiler S. 138; Eltzbacher S. 330 ff.; Dagegen: v. Tuhr I S. 328 ff.; Sohm, Gegenstand S. 69, Binder, Rechtsstellung I S. 19 ff.

Nun ist damit aber noch nicht gesagt, daß überall da, wo das Gesetz dem menschlichen Willen die Macht über ein Vermögensganzes gibt, auch schon ein einheitliches Recht gegeben ist, denn die Willensmacht könnte auch ebensogut lediglich die Summe aller das Vermögen bildenden Einzelrechte sein. Ob das eine oder das andere vorliegt, kann nie von vornherein festgestellt werden, sondern es muß in jedem konkreten Fall erst untersucht werden, was als das Objekt der von der Rechtsnorm verliehenen Willensmacht anzusehen ist: das Vermögen als Einheit oder die einzelnen Vermögensbestandteile.

Der Maßstab für diese Untersuchung liegt in der besonderen rechtlichen Verknüpfung aller Vermögensbestandteile: bei einem einheitlichen rechtlichen Schicksal ist auch ein einheitliches Rechtsobjekt anzunehmen.

Für die Rechtsobjektivität eines Vermögens spricht als Indiz die Möglichkeit, mittels eines einzigen Rechtsgeschäfts auf **alle** Bestandteile des Vermögens wegen ihrer Eigenschaft als solche einwirken zu können. [43]) Ein weiteres Indiz liegt in der Anordnung der dinglichen Surrogation, wenn also die Auswechselung der einzelnen Bestandteile des Vermögens von selbst vor sich geht, unter Aufrechterhaltung der Identität des Ganzen. Wenn beide Merkmale vorliegen, kann man sicher sein, daß die Rechtsordnung den einzelnen Vermögensteilen ihre rechtliche Selbständigkeit genommen und dem Vermögensganzen Rechtsobjektivität verliehen hat. [44])

Bei dem Nachlaß liegen beide Merkmale jedoch nicht vor: nirgendwo im Gesetz findet sich eine Vorschrift, die eine einheitliche Einwirkung auf **alle** Nachlaßgegenstände mittels **eines** Aktes ermöglicht; und auch eine dingliche Surrogation ist nirgends angeordnet, insbes. nicht im § 2019 zu sehen, der den Erbschaftsanspruch gerade über den eigentlichen Umfang der Erbschaft hinaus erweitert.

Es gibt daher kein einheitliches Recht an der Erbschaft, sondern was als Recht an der Erbschaft bezeichnet wird, ist **nur die Summe aller die Erbschaft bildenden Vermögensrechte.** [45])

Eine Folge dieses Satzes ist, daß eine Verletzung der Erbschaft als solcher nicht unter § 823 Abs. 1 fällt — weswegen die Schaffung eines besonderen Erbschaftsanspruches (§ 2018 ff.) erforderlich war —, und daß eine einheitliche Uebertragung der Erbschaft — gemäß §§ 398, 413 — nicht möglich ist. [46])

II. Dieselbe Unterscheidung, die wir bei der Betrachtung des Erbrechts des Alleinerben gemacht haben, die Trennung zwischen Erbrecht i. e. S. und Erbschaft, ist auch einzuhalten, wenn wir das Erbrecht des **Miterben** untersuchen. [47])

a. **Das Erbrecht** — **i. e. S.** — des Miterben bedeutet, genau wie bei dem Alleinerben, [48]) lediglich die Stellung als Erbe, oder genauer: als

---

[43]) a. M. Joerges S. 176.
[44]) Zitelmann II S 21; Brauweiler S. 138 ff.
[45]) Gleichwohl ist der Ausdruck „Recht" an der Erbschaft gebräuchlich und wegen seiner Kürze unentbehrlich.
[46]) A. M. Endemann Lehrb. S. 27 ff.
[47]) Binder ArchbürgR S. 236.
[48]) S. oben S. 12 ff.

Miterbe, und stellt auch hier einen Tatbestand dar für die Rechtsfolgen, die das Gesetz an das Miterbesein und das Erbesein (§ 1922 Abs. 2 [49]) knüpft.

b. Als eine Rechtsfolge des Miterbrechts stellt sich — entsprechend der Erbschaft des Alleinerben — der **Anteil am Nachlaß, der Erbteil,** dar.

Bei der Untersuchung der rechtlichen Natur des Erbteils ist zunächst dieselbe Frage zu beantworten wie bei der Erbschaft des Alleinerben: **hat das Gesetz den Erbteil als ein einheitliches Recht ausgestaltet,** oder handelt es sich auch hier nur um eine Summe von Einzelrechten?

Die Kriterien für die Beantwortung dieser Frage bilden: Gemeinsamkeit des rechtlichen Schicksals aller Einzelrechte und die dingliche Surrogation. [50])

Im Gegensatz zur Rechtslage bei dem Alleinerben liegen hier beide Merkmale vor: das erste ist im § 2033 Abs. 1 gegeben, insofern als hiernach eine einheitliche Verfügung über den Erbteil möglich ist, das zweite, die dingliche Surrogation, ist im § 2041 ausgesprochen.

Der Erbteil ist somit als **ein einheitliches Recht** — besser: Teilrecht — **am Nachlaß** anzusehen, also mehr als eine bloße Summe aller Teil-Einzelrechte. [51])

Es wird nun weiter behauptet, daß die Erben Anteile an den einzelnen zum Nachlaß gehörenden Gegenständen hätten, daß also jeder einzelne Gegenstand anteilig den Erben gehöre, nur daß eine Verfügung über diesen Anteil kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 2033 Abs. 2 im Interesse des Gesamthandsverhältnisses unter den Miterben ausgeschlossen ist. [52])

Einen derartigen verfügungsgebundenen Anteil an jedem einzelnen Nachlaßgegenstand anzunehmen hat nur Sinn, wenn dieser sonstwie

---

[49]) Das Gesetz verwechselt in dieser Bestimmung augenscheinlich Erbrecht und Erbschaft: nicht nur die Vorschriften über die Erbschaft, sondern allgemein die Vorschrift über das Erbrecht sollen auch für die Erbenmehrheit gelten.

[50]) S. oben S. 17.

[51]) So Protokolle Bd. 5 S. 838; Bd. 6 S. 279. Ferner die h. L., z. B. Leonhard § 2032 III D, Staudinger § 2032, 2; Walsmann S. 134; RG Bd. 94 S. 243. Schon für das ALR E PrOb Trib Bd. 35 S. 352 ff., insbes. 365. A. M. Binder, Rechtsstellung III S. 6 ff., v. Tuhr I S. 359; Sohm, Gegenstand S. 67 f., der hier aber immerhin einen „Gegenstand nach Art der Vermögensrechte" annimmt.

[52]) So die h. L., z. B. RG 94 S. 243; RG in WarnE 1911 Nr. 382; in BayRpflZ 11 S. 365; BayOLG Recht 1907 S. 538; — Binder, Rechtsstellung III S. 6 ff.; Staudinger § 2032, 2; Warneyer zu § 2032; Kipp § 82 VI 1; Joerges S. 179 ff.; Sohm, Gegenstand S. 67.
Dagegen wie hier: RG 61 S. 78; 67 S. 62; 68 S. 417; OLG Hamburg im Recht 1915 Nr. 567; Planck vor § 2032 3; Leonhard § 2032 III; ders. im Schuldr. S. 742 ff.; Binder, Erbrecht S. 53; Prot. Bd. 5 S. 838; schon für das ALR PrObTrib Bd. 35 S. 352.

irgendwelche rechtliche Bedeutung hätte. Aber gerade das Gegenteil ist der Fall: alle Folgerungen, die sich aus der Annahme der Existenz eines solchen Anteils ergeben, widersprechen geradezu dem Gesetz und den allgemeinen Rechtssätzen:

bei Annahme der Existenz eines Anteils müßte Konfusion von Erbenverbindlichkeit und Anteil an einer Nachlaßforderung eintreten. Das ist aber unbestritten nicht der Fall. [53])

die Nachlaßgläubiger müßten in den Anteil am Nachlaßgegenstand vollstrecken oder gegen den Anteil an einer Nachlaßforderung aufrechnen können, was beides vom Gesetz nicht zugelassen ist (ZPO § 747, BGB § 2040 Abs. 2). [54])

eine vom Miterben vor dem Erbfall über einen Nachlaßgegenstand vorgenommene Verfügung als Nichtberechtigter müßte nach § 185 Abs. 2 teilweise konvaleszieren, was aber abzulehnen ist. [55])

verfügt der Miterbe über eine zum Nachlaß gehörige Sache unberechtigt in eigenem Namen, so dürfte der gute Glaube des Erwerbers bezüglich seines Eigentums nicht geschützt werden, soweit sein Anteil an dieser Sache in Betracht kommt; denn er wäre dann soweit Berechtigter, und ein Mangel der Verfügungsbeschränkung wird durch § 932 nicht geheilt; ein unhaltbares Resultat! [56])

die Anteile an einem Grundstück müßten im Grundbuche eingetragen werden; vgl. dagegen § 48 GBO, der „Angabe des gemeinschaftlichen Verhältnisses" fordert.

die Umwandlung eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks in schlichtes Miteigentum wäre keine Eigentumsübertragung und bedürfte daher nicht der Auflassung; anders die Praxis. [57])

Wenn also jede einzelne Folgerung, die aus der Existenz eines Anteils am einzelnen Nachlaßgegenstand zu ziehen wäre, abzulehnen ist, [58]) so ist auch die Annahme eines derartigen Anteils als dem positiven Rechte widersprechend abzulehnen.

Demgegenüber sind die Gründe, die für die Existenz eines Anteils am Einzelgegenstande geltend gemacht werden, nicht überzeugend. Die Wortinterpretation des § 2033 Abs 2, wonach der Gesetzgeber einen „Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen" voraussetze, [59]) wenn er die Verfügung darüber untersage, bleibt gegenüber den dargelegten sachlichen Gründen nur eine Wortinterpretation. Auch aus der Bestimmung des § 2047 Abs. 2 auf die Existenz von Anteilen zu schließen (: Wenn nach der Auseinandersetzung die Familienpapiere gemeinschaftlich „bleiben", so müßten sie es auch schon vorher gewesen sein [60]),

---

[53]) RG 76 S. 58; RGR-Komm. § 2033, 2; Staudinger § 2032, 5; Warneyer zu § 2032.

[54]) Leonhard, Schuldr. S 743. v. Tuhr I S. 81.

[55]) RGR-Komm. § 2032, 2; Leonhard a. a. O. S. 743.

[56]) v. Tuhr a. a. O. S. 81; anders Binder, Rechtsstellung III S. 70.

[57]) RG 57 S. 433; 68 S. 417; 105 S. 251.

[58]) Weitere Argumente bei Leonhard Schuldr. S. 742 ff.

[59]) RG 68 S. 412; 94 S. 243; Joerges S. 183.

[60]) So Joerges S. 178.

hieße eine Vergewaltigung des Sinnes des Gesetzes zugunsten des Buchstaben. [61] [62]).

Allerdings ließe sich gegen unsere Ansicht ein schwerwiegendes Bedenken geltend machen, nämlich die Frage, wem denn nun eigentlich der einzelne Gegenstand zusteht, wenn nicht anteilig den Miterben.

Leonhard hat neuerdings versucht, sich mit diesem Argument in interessanter Weise auseinanderzusetzen. [63]) Wenn Leonhard auch Anteile an dem Einzelgegenstand entschieden ablehnt, so nimmt er doch ein eigenartiges „Mitrecht" eines jeden Erben an, das sich von einem Bruchteilsrecht dadurch unterscheidet, „daß nicht nur seine Höhe, sondern auch sein Gegenstand noch unbestimmt ist". [64]) Die einzelnen Gegenstände gehörten dem Miterben weder ganz noch geteilt, sondern alternativ in der Art, daß erst durch die Auseinandersetzung die Art und der Gegenstand der Mitberechtigung festgestellt wird. So wie die Rechtslage sich **nach** der Auseinandersetzung darstellt, solle sie auch schon **vorher** bestanden haben; die Auseinandersetzung soll deshalb nur deklaratorische Bedeutung haben. [65])

---

[61]) Zumal nach der heute herrschenden Lehre auch **nach** der Auseinandersetzung an den Schriftstücken keine quotiellen Anteile bestehen. Vgl. Staudinger § 2047, 2.

[62]) Daß bei der Berechnung der Erbschaftssteuer nach § 80 Abs. 2 RAO Anteile in der Höhe der Auseinandersetzungsquote angenommen werden, kann für die privatrechtliche Konstruktion unberücksichtigt bleiben. Leonhard a. a. O. S. 743 f.

[63]) Schuldr. S. 748 ff.

[64]) a. a. O. S. 749.

[65]) Die Uebertragung eines Grundstücks an einen Miterben ist daher nach Leonhard keine Uebereignung, Auflassung also nicht erforderlich. Dieses Ergebnis hält Leonhard gegenüber der jetzigen Praxis (vgl. oben Anm. 57) für einen Fortschritt, aus dem Grunde, weil hier ein Vertrauensschutz für den Erwerber nicht Platz greift. Daß ein Vertrauensschutz stattfindet, daß die scheinbaren Erben durch die Auseinandersetzung unantastbare Rechte erhalten sollen, halte auch ich für ein unerträgliches Resultat. Aber man kann hier trotz Bejahung des Uebereignungscharakters der Uebertragung zu einer Verneinung des Vertrauensschutzes gelangen, unter dem Gesichtspunkt, daß es sich hier nicht um ein **Verkehrs**geschäft handelt, sondern um eine „interne Grenzregulierung" (v. Tuhr I S. 336 f.), daß § 892 und 932 ff. aber nur den Verkehr schützen wollen (M. Wolff, Sachenrecht § 45 I 4), und daher hier keine Anwendung finden. Dieser Weg scheint mir schon deshalb der richtigere zu sein, weil hierbei der erwerbende Erbe nicht unter allen Umständen des Vertrauensschutzes verlustig geht. Denn es besteht auf der anderen Seite das Bedürfnis, den Erben nicht schlechter zu stellen als einen Dritten, wenn er das Grundstück bei Versilberung des Nachlasses käuflich erwirbt. Es kommt also im Einzelfall immer darauf an, ob ein Verkehrsgeschäft vorliegt oder nicht. Im Titulus, nicht im Modus liegt das Kriterium für die Verweigerung des Vertrauensschutzes. Vgl. auch v. Tuhr I S. 336 f., 354 f., II S. 136 Anm. 76a.

Den Versuch Leonhards, mit Hilfe dieser Konstruktion eine Rechtsbeziehung zu den Einzelgegenständen zu knüpfen, halte ich jedoch für mißglückt.

Die Konstruktion geht von dem Fall aus, daß die einzelnen Gegenstände dazu bestimmt sind, unter die Genossen verteilt zu werden. Dieser Fall bildet aber bei den Gesamthandsgemeinschaften die Ausnahme. Vielmehr geht bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft und der Reederei der Parteiwille gerade dahin, ein gemeinsames, in seinen Bestandteilen unaufgeteiltes Vermögen zu schaffen. Und auch bei der Erbengemeinschaft sind die Fälle nicht unbedeutend, wo die Einzelgegenstände durch die Miterben oder den Testamentsvollstrecker an einen Außenstehenden veräußert werden, und der Zweck des Nachlaßkonkurses besteht gerade darin, mittels Veräußerung der Bestandteile den Nachlaß zu versilbern.

In allen diesen Fällen beantwortet Leonhards Konstruktion nicht die Frage, zu deren Beantwortung sie geschaffen wurde: wem die einzelnen Gegenstände während der Gemeinschaft zustehen sollen. Denn da ihre Zugehörigkeit zum Nachlaß nicht damit endet, daß sie einem Miterben zufallen, ist mit Hilfe dieser Konstruktion auch nicht festzustellen, welcher Miterbe das alternative Mitrecht an diesen Gegenständen gehabt hat. Weil wir aber unmöglich annehmen können, daß der erwerbende Außenstehende diese Gegenstände von vornherein seit dem Erbfall zu eigen gehabt hat, und weil wir auch eine anteilsmäßige Mitberechtigung der Miterben abgelehnt haben, taucht hier wieder die Frage auf: sind also die Einzelgegenstände herrenlos?

Aber auch in dem Falle, wo uns die Konstruktion diese Frage beantwortet, hat sie unhaltbare Konsequenzen zur Folge. Denn nach ihr würde der Miterbe den Nachlaßgegenstand nicht als Rechtsnachfolger der Erbengemeinschaft, sondern unmittelbar als Rechtsnachfolger des Erblassers erhalten, woraus z. B. folgt, daß der Schuldner einer zum Nachlaß gehörenden Forderung nicht den Schutz der §§ 404 ff. genießt, also z. B. nicht mit einem Vermächtnis aufrechnen kann.

M. E. muß jeder Versuch, für die Einzelrechte eine Zuständigkeit zu suchen, notwendig scheitern, sobald man den Satz anerkannt hat, daß das Objekt des Anteilsrechts das Vermögen selbst ist. Mit Annahme eines Rechts am Vermögen als Ganzem folgt die Verneinung eines besonderen Rechts an dem einzelnen Vermögensteil. Das ergibt sich mit logischer Notwendigkeit aus dem Begriff des Rechts und des Rechts am Vermögen.

Recht bedeutet die einer Person verliehene Willensmacht. Ein einheitliches Recht an einem Vermögen liegt vor, wenn die Rechtsordnung als maßgebendes Objekt des Willens nicht die Summe der einzelnen Vermögensgegenstände, sondern das Vermögen in seiner Totalität ansieht. [66]) Hieraus folgt kraft Umkehrschlusses, daß die Willensmacht sich nicht auf die einzelnen Vermögensgegenstände selbst erstreckt. Es hieße über seinen eigenen Schatten springen, wollte man als Objekt des Rechts sowohl das Ganze als auch die Teile ansehen. Wenn wir ein einheitliches Recht an einem Vermögen anerkennen, kommt der Einzelgegenstand, gleich ob absolutes oder relatives Recht, nicht als solcher in

[66]) S. oben S. 16. f.

rechtlichen Betracht, sondern immer nur als Teil des Vermögens. [67])

Wir können somit das Resultat feststellen, daß sich **das Anteilsrecht des Miterben am Nachlaß auf den Nachlaß als Ganzes, als ein einheitliches Rechtsobjekt erstreckt,** daß der einzelne Miterbe aber an den einzelnen Nachlaßgegenständen während ihrer Zugehörigkeit zum Nachlaß keinen Anteil hat.

Wenn wir hiermit einen grundlegenden Unterschied zwischen Erbschaft und Erbteil auf der Objektseite des Rechts kennen gelernt haben, so liegt doch der Unterschied, der gerade das Wesen des Erbteils ausmacht, auf der Subjektseite, insofern, als hier die Zuständigkeit unter mehrere Personen geteilt ist. Die sich aus der Teilung ergebenden Befugnisse sind bisher kurz mit dem hierfür gebräuchlichen Ausdruck „Anteil" bezeichnet worden.

Wie haben wir uns den Anteil vorzustellen? Bei der Erbengemeinschaft sind — wie auch schon bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften — zwei Ansichten möglich und vertreten **(Theorien der Gesamthand):**

a. der Miterbe hat an dem **Ganzen** ein **unselbständiges,** mit den anderen Miterben zusammenausgeübtes Recht oder

b. der Miterbe hat an einer **Quote** des Ganzen ein **selbständiges** Recht.

Die erste Ansicht wird gewöhnlich dahin formuliert, daß das Recht allen zusammen in ihrer Gesamtheit zusteht — Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. [68])

die zweite Ansicht dahin, daß der einzelne Miterbe Quotenrechte habe — sog. Theorie der geteilten Mitberechtigung. [69])[70])

Die Entscheidung zwischen beiden Theorien kann nur auf Grund der Vorschriften des positiven Rechts erfolgen. Wenn wir fragen, ob das Recht allen Gemeinschaftern zusammen Einfluß gibt auf das Vermögen als Ganzes oder jedem Einzelnen die Macht über einen Teil des Gesamtvermögens, so ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 2039, 2040, 2062 — für die anderen Gesamthandsgemeinschaften ähnlich aus den §§ 719 1442 —, daß des erstere der Fall ist, daß alle Erben zusammen auf das Ganze berechtigt sind.

---

[67]) Wenn § 90 sagt, daß Gegenstand eines Sachenrechts nur die Einzelsache sein kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß jede Sache auch Gegenstand eines Sachenrechts sein müsse, solle sie nicht herrenlos sein.

[68]) Enneccerus-Nipperdey § 69, 2 u. Anm. 6; Enneccerus-Lehmann § 312 I 3; v. Tuhr I S. 80 f., Gierke, Dtsch. Privatr. I S. 664 ff.; Engländer S. 105.

[69]) Binder, Rechtsstellung III S. 6 ff.; Sohm, Gegenstand S. 69 f.; Joerges S. 179 ff.

[70]) Diese Problemstellung ist nicht zu verwechseln mit der oben untersuchten Frage: was ist Objekt des Anteilrechts, — hier handelt es sich vielmehr darum: wer ist Subjekt des Anteilrechts, jeder Einzelne, oder alle in ihrer Gesamtheit. Beide Probleme sind voneinander vollkommen unabhängig. Auf der Verquickung beider Fragen beruht das unerfreuliche Durcheinander, das in der Behandlung des Gesamtproblems herrscht.

Gegen diese Ansicht ist eingewendet worden, daß die Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts an mehrere Subjekte einen Widerspruch in sich selbst bedeute, [72]) doch ohne daß dieser Einwand begründet werden konnte. Er ist unhaltbar, denn warum sollte die Rechtsordnung, nicht auch dem übereinstimmenden Willen mehrerer Personen maßgebliche Macht über einen Gegenstand geben können? [73])

Die so entstandene Rechtsfigur hat eine gewisse Aehnlichkeit mit der juristischen Person. [74]) Doch besteht insofern ein wesentlicher Unterschied zwischen den zu einer Gesamthand verbundenen Personen und der juristischen Person, als bei dieser eine neue, von der Summe der Mitglieder verschiedene Person vorhanden ist, bei der Gesamthand aber die einzelnen Personen selbst, in ihrer Gesamtheit handelnd auftreten. Bei der juristischen Person wird **ein** Wille ausgesprochen, bei der Gesamthand dagegen liegen viele Einzelwillen vor, die aber nur bei inhaltlicher Uebereinstimmung rechtlich relevant sind. [75])

Somit kann die Rechtsnatur des Anteils an der Erbschaft dahin formuliert werden, daß er das Recht darstellt, zusammen mit den anderen Erben die Befugnisse auszuüben, die sich aus der Herrschaft über den Nachlaß als Ganzes ergeben. [75])

B. Wenn wir nunmehr die **Rechtsnatur des Erbfalls vor dem Erbfall** untersuchen wollen, so haben wir auch hier den unter A dargelegten Unterschied zwischen dem Erbrecht i. e. S. auf der einen Seite (unten I) und dem Recht an der Erbschaft, bezw. dem Erbteil auf der anderen Seite (unten II) zu beachten.

I. das **Erbrecht** — des Allein- wie des Miterben — ist der Tatbestand, an den das Gesetz die vielgestaltigen erbrechtlichen Folgen knüpft. [76])

Dieser Tatbestand setzt sich kumulativ aus zwei Merkmalen zusammen:

1. der Berufung;
2. dem Erbfall.

Nur bei dem Vorliegen des gesamten Tatbestandes treten die vom Gesetz an ihn geknüpften Rechtsfolgen ein. Fehlt **ein** Merkmal, ist also der Erbfall noch nicht eingetreten, so kann auch von einer Erbenstellung noch nicht die Rede sein.

Wenn wir das Erbrecht vor dem Erbfall rechtlich charakterisieren wollen, so können wir zunächst nur negativ sagen, daß es sich hier um einen Zustand handelt, an den das Gesetz erbrechtliche Folgen nicht knüpft.

Wenn man in positiver Hinsicht über diesen Zustand etwas aussagen will, so müßte man im Gesetz nach irgend einer Bestimmung su-

---

[71]) Sohm, Gegenstand S. 62 u. 69; Binder, Rechtsstellung III S. 14 ff.

[72]) v. Tuhr I S. 80 Anm. 11; Enneccerus-Lehmann § 312 I 3.

[73]) Nach Gierke (Dtsch. Privatr. I S. 68) ist die so verbundene Personenmehrheit als solche „rechtsfähig", — sie kann Rechte und Pflichten haben . . . vgl. dagegen v. Tuhr I S. 82.

[74]) So v. Tuhr a. a. O. S. 81.

[75]) Engländer; Enneccerus a. a. O.

[76]) S. oben S. 14 u. S. 17 f.

chen, die diesen unvollkommenen Tatbestand zu einem neuen und besonderen Tatbestand für andere Rechtsfolgen irgendwelcher Art erhebt.

Man könnte hier an den Erbverzicht denken: bei dem Erbverzicht gibt allein die Berufung die Macht, auf erbrechtliche Verhältnisse einzuwirken (§§ 2346 ff.). Doch läßt sich aus dieser Vorschrift keine positive Folgerung ziehen, weil die Rechtsfolge rein negativen Charakter hat: die Fähigkeit des künftigen Erben erschöpft sich nach den gegebenen Vorschriften darin, den bereits vorliegenden Teil des Tatbestandes, die Berufung, zu vernichten.

Auch aus § 312, der von Erben vor dem Erbfall spricht, kann nicht herausgelesen werden, daß das Gesetz die Stellung des Erben als ein rechtlich relevantes Verhältnis angesehen wissen will. Denn dieser § verleiht dem zukünftigen Erben nicht eine besondere Fähigkeit, sondern spricht ihm im Gegenteil für das Gebiet des künftigen Erbrechts seine normale Verpflichtungsfähigkeit ab. Und wenn im Abs. 2 dieses § für den gesetzlichen Erben eine gewisse Ausnahme gemacht wird, so wird dadurch der künftige gesetzliche Erbe nicht vor dem Miterben, sondern vor dem Testamentserben hervorgehoben.

Daher ist in rechtlicher Beziehung der Begriff des „Erben" und des „Erbrechts vor dem Erbfall" irrelevant. Die Berechtigung zur Prägung dieses Begriffes liegt lediglich auf tatsächlichem Gebiet, insofern nur hier die Aussicht, einmal Erbe zu werden, eine gewisse Rolle spielt. Man kann das Erbrecht vor dem Erbfall daher etwa als einen **unfertigen Tatbestand** bezeichnen.

II. Der vermögensrechtliche Bestandteil des Erbrechts stellte sich einmal dar — beim Alleinerben — als eine Summe von Vermögensrechten, das andere Mal — beim Miterben — als ein einheitliches Recht am Nachlaß. [77])

In jedem Falle entstehen diese Rechte auch erst mit dem Erbfall, denn sie sind ein Ausfluß des Erbrechts i. e. S. und können daher zeitlich nicht eher als dieses existieren. Vor dem Erbfall ist ein Recht am Nachlaß ebensowenig vorhanden wie ein Erbrecht.

Es liegen bei der Erbschaft vor dem Erbfall somit Rechte vor ihrer Entstehung, **zukünftige Rechte,** vor, und zwar beim künftigen Alleinerben eine Mehrzahl von künftigen Rechten, beim Miterben ein einheitliches künftiges Recht.

Da man künftige Rechte auch Anwartschaften nennt, so kann man die Erbschaft vor dem Erbfall auch als **Anwartschaft** bezeichnen. Indessen ist der Gebrauch des Wortes „Anwartschaft" kein einheitlicher, da viele Schriftsteller den Umfang dieses Begriffes insofern einengen, als sie nur bestimmt geartete künftige Rechte als Anwartschaften bezeichnen.

Am engsten faßt Enneccerus [78]) diesen Begriff, indem er ihn nur dann anwenden will, wenn die Entstehung des Rechtes so wahrscheinlich ist, daß dieses künftige Recht von der Rechtsordnung schon selbst wie ein gegenwärtiges Recht behandelt wird. Unter diesen Begriff der Anwartschaft fällt das Recht an der Erbschaft vor dem Erbfall jedoch keineswegs, denn ihm fehlt das charakteristische Merkmal des subjektiven

---

[77]) S. oben S. 17 u. 22.

[78]) Enneccerus-Nipperdey § 75, 4.

Rechts: der Schutz und die Garantie durch die Rechtsordnung. [79])

Die anderen Schriftsteller unterscheiden zwischen Anwartschaft und Anwartschaftsrecht, und bezeichnen mit Anwartschaftsrecht (oder Wartrecht) jenen engsten Kreis der künftigen Rechte. Unter Anwartschaft selbst verstehen sie

teilweise — Zitelmann [80]) — jedes künftige Recht, dessen Entstehungstatbestand schon teilweise vorliegt, und für dessen Entstehung eine gewisse sichere Aussicht vorhanden ist;

teilweise v. Tuhr [81]) — jedes künftige Recht, an dessen Entstehungstatbestand ein Merkmal fehlt;

teilweise — Du Chesne [82]) — jedes in Zukunft einmal entstehende Recht, wenn die Aussicht nur einen wirtschaftlichen Wert hat. Nach v. Tuhr und Du Chesne wäre die Erbschaft vor dem Erbfall als Anwartschaft zu bezeichnen, dagegen nicht nach der Definition Zitelmanns. [83])

Der Streit um die Abgrenzung der Anwartschaft ist jedoch müßig und praktisch bedeutungslos, da keine Ansicht für die Anwartschaft in gerade ihrer Abgrenzung irgendwelche Lehrsätze aufzustellen vermag. M. E. sollte der Ausdruck „Anwartschaft" überall da bedenkenlos angewendet werden, wo ein Recht schon vor seiner Entstehung den Gegenstand juristischer Betrachtung bildet, infolgedessen auch für das Recht an der Erbschaft vor Eintritt des Erbfalls. [84])

§ 3.

Die Lehre von der Uebertragung künftiger Rechte.

Das Problem wird gewöhnlich formuliert: kann ein Recht, das noch nicht existiert, bereits vor seiner Entstehung übertragen werden?

In dieser Fassung scheint das Problem einen logischen Widersinn zu enthalten: die Uebertragung bedeutet als Verfügung eine unmittelbare Einwirkung auf einen Gegenstand, sie muß also zu ihrer Wirksamkeit ein reales Substrat haben; demgegenüber ist aber ein zukünftiges Recht noch kein Recht, überhaupt noch nichts real Existierendes.

Doch ist bei dieser Fragestellung nur die Formulierung falsch: denn Gegenstand ist bei der Uebertragung eines „künftigen Rechts" gar nicht ein künftiges Recht, etwa die Projektion oder der Schatten, den das

---

[79]) v. Tuhr I S. 185 f.; Endemann Lehrb. S. 65; Walsmann S. 294; die Rechtsqualität bejahen vor dem Erbfall: Dreyfus S. 96 und für den Vertragserben Schulz S. 304 f.

[80]) II S. 50 f.

[81]) I S. 80 ff.

[82]) S. 234.

[83]) Vgl. v. Tuhr I S. 186; Du Chesne S. 235; Zitelmann II S. 51.

[84]) Doch soll zur Vermeidung von Irrtümern in dieser Arbeit der wenig fruchtbare Ausdruck „Anwartschaft" nach Möglichkeit vermieden werden.

später entstehende Recht schon vor seine Entstehung vorauswirft; **Gegenstand der Uebertragung ist** vielmehr **das bereits entstandene Recht, nur ist das Rechtsgeschäft, das den Uebergang des Rechtes bewirkt, vorverlegt, antizipiert worden.** [85])

Dieser Satz ist die Grundlage der Lehre von der Uebertragung künftiger Rechte und muß daher zum besseren Verständnis des Problems den Erörterungen in diesem § vorangestellt werden.

I. Das Problem der Uebertragung künftiger Rechte ist besonders eingehend für das Gebiet der Forderungsrechte behandelt worden. Gleich nach dem Inkrafttreten des BGB hat sich im Anschluß an eine RG-Entscheidung [86]) ein heftiger Streit über die Uebertragbarkeit künftiger Forderungen erhoben, als dessen Pole einerseits Eccius—gegen die Uebertragbarkeit —, andererseits v. Tuhr — für die Übertragbarkeit — anzusehen sind.

Heute ist der Streit zu einem gewissen Abschluß gekommen, insofern als die Praxis [87]) und die überwiegende Lehre [88]) die Uebertragbarkeit bejaht.

a. Und tatsächlich vermögen die **gegen die Uebertragbarkeit** vorgebrachten Gründe nicht zu überzeugen.

Das Hauptargument stützt sich auf die Rechtsnatur der Uebertragung als einer Verfügung, indem der Wortlaut der landläufigen Definition der Verfügung [89]) angeführt wird, die eine „unmittelbare" Einwirkung auf den Gegenstand erfordere, wogegen bei der Verfügung über künftige Rechte die Wirkung erst später, bei Entstehung des Rechts, eintrete. [90]) Dem ist aber mit Recht entgegengehalten worden, daß der Ausdruck „unmittelbare" Wirkung nur besagen soll, daß ein Verfügungsgeschäft die Rechtslage allein aus sich heraus ändert, ohne daß es noch einer weiteren Willenserklärung bedürfe, im Gegensatz zum Verpflichtungsgeschäft. „Unmittelbar" ist also nicht zeitlich im Sinne von „sofort" zu verstehen. [91])

---

[85]) Nur infolge Verkennung dieses das Wesen der Uebertragung künftiger Rechte ausdrückenden Satzes konnte der oben geschilderte Widersinn in dem Problem gefunden werden, z. B. von Eccius (GruchotsBeitr. 48 S. 467 ff., insbes. 470: „eine Verfügung über ein Nonens erscheint mir ein Nonsens!") und Bergk (S. 98 f.: „Irrealität der Vorstellung eines künftigen Rechts"). Die von diesen Schriftstellern a. a. O. erhobenen Bedenken gehen daher an dem Problem vorbei.

[86]) RG 55 S. 334.

[87]) RG 55 S. 334; 58, S. 72; 67 S. 166; in JW 1913 S. 132 u. a. m.

[88]) Z. B. Staudinger § 398, I 2; Planck § 398, 4 b; Enneccerus-Lehmann § 302 Anm. 14.
A. M. Eccius DJZ 04 S. 54; ders. GruchotsBeitr. 48 S. 465 ff.; ders. GruchotsBeitr. 53 S. 1 ff. — Windscheid-Kipp § 335 I e; Bergk S. 98 ff.; Straus DJZ 03 S. 342.

[89]) „Verfügung ist jede Willenserklärung, durch welche **unmittelbar** über ein Recht verfügt wird, also das Recht aufgegeben, übertragen, belastet oder sonst in seinem Inhalt verändert wird . . ." Enneccerus-Nipperdey § 134 I.

[90]) Bergk S. 98.

[91]) Hoddick S. 14.

Weiter wird gegen die Uebertragbarkeit künftiger Forderungen der Wortlaut des § 398 ins Feld geführt.[92])

Der erste Satz des cit. § spreche nur davon, daß man eine „Forderung" übertragen, daß nur der „Gläubiger" übertragen könne; bei einer künftigen Forderung bestände aber weder eine Forderung noch ein Gläubiger. Diese Interpretation legt aber dem § 398 einen Sinn bei, den dieser in Wahrheit gar nicht hat. Der § 398 S. 1 will lediglich besagen, daß eine Sondernachfolge in Forderungen überhaupt möglich ist,[93]), **daß,** nicht auch **wann** eine Forderung übertragen werden könne.[94])

Der zweite Satz, so wird dann noch argumentiert, bestimmt, daß die Zession mit Abschluß des Vertrages wirksam werde, bei der Zession künftiger Forderungen trete die Wirksamkeit aber erst in einem späteren Augenblick ein. Auch hier verleitet die Buchstabeninterpretation zu falschem Schluß. Der § 398 S. 2 will durchaus nicht das sofortige Wirksamwerden des Zessionsaktes als das Wesen der Zession kennzeichnen; Sinn und Zweck dieses Satzes ist vielmehr, festzustellen, daß die Rechtsänderung — im Gegensatz zum gemeinen Recht [95]) und zum ALR [96]) — „unmittelbar an den Abtretungsvertrag, nicht erst an die Benachrichtigung des Schuldners oder an die Auslieferung der Schuldurkunde oder an sonstige . . . Umstände geknüpft wird".[97])

Schließlich wird noch aus der Unmöglichkeit der Uebertragung künftiger Mobilien die Unübertragbarkeit künftiger Rechte schlechthin gefolgert, [98]) doch zu Unrecht. Denn der Grund für die Unübertragbarkeit künftiger Mobilien liegt darin, daß für die Uebereignung von beweglichen Sachen infolge des im Sachenrecht herrschenden Publizitätsprinzips nach §§ 929 ff. die körperliche Uebergabe, (bzw. die Uebergabesurrogate) der Sache selbst erforderlich, die Uebergabe einer nicht existierenden Sache aber ein Unding ist. [99]) Die Unmöglichkeit liegt in diesem Falle in dem besonderen „Modus", nicht aber im „Begriff" der Verfügung.[100]) Beweis dafür ist der § 956, wo das Gesetz in einem Falle einem besonderen Bedürfnis folgend, die Uebereignung künftiger Mobilien, nämlich von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache, ermöglicht, indem es die eigentlich erforderliche, aber praktisch unmögliche Uebergabe der künftig zur Entstehung gelangenden selbständigen Sache durch die Uebertragung des Besitzes an der Muttersache ersetzt. [101])

---

[92]) Eccius DJZ S. 55; ders. GruchotsBeitr 53 S. 2; Bergk S. 100.

[93]) Was im römischen Recht verneint und im gemeinen Recht bestritten wurde. Vgl. Windscheid-Kipp § 392 Anm. 9 u. 10.

[94]) Süß S. 22.

[95]) Windscheid-Kipp § 331 Anm. 8.

[96]) ALR I 11, § 413.

[97]) RG 55 S. 334; ferner Süß S. 23.

[98]) Strauß S. 342; Eccius DJZ S. 54.

[99]) Dasselbe gilt für Verpfändung und sonstige Verfügungen über künftige Mobilien, ferner für Verfügungen über künftige Immobilien, etwa für die Uebertragung des (von Eccius GruchotsBeitr. 48 S. 468 als Beispiel herangezogenen) noch dem Wattenmeer abzugewinnenden Grundstücks.

[100]) v. Tuhr DJZ 04 S. 427.

b. **Für** die Uebertragung künftiger Forderungen war zunächst geltend gemacht worden, daß im gemeinen Recht die Uebertragbarkeit anerkannt war und das BGB nichts an diesem Rechtszustand ändern wollte. [102])

Die nähere Begründung der Uebertragbarkeit wurde sodann nach dem Vorgang v. Tuhrs meist mit Hilfe eines Analogieschlusses aus § 185 Abs. 2 gegeben: „Wie eine Verfügung über ein fremdes Recht konvaleszient, wenn der Verfügende das Recht erwirbt, so kann auch eine Verfügung über ein nicht existierendes, künftiges Recht dadurch wirksam werden, daß es später in der Person des Verfügendenentsteht. [103])

Dieser Analogieschluß ist heftig angegriffen worden, und zwar nicht nur von den Gegnern der Uebertragbarkeit künftiger Rechte: [104]) die Rechtslage im Falle der Verfügung über künftige Rechte und im Falle der Verfügung als Nichtberechtigter sei so heterogener Art, daß sich ein Analogieschluß nicht rechtfertigen lasse.

Auch m. E. dürfte allein eine Berufung auf § 185 Abs. 2 eine nur ungenügende Begründung der Uebertragbarkeit darstellen. Gleichwohl wird sich dieser § für die Begründung der Uebertragbarkeit in anderer Hinsicht als wertvoll erweisen, insofern hier zum Ausdruck kommt, daß im BGB das alte römisch-rechtliche Prinzip der Simultanität von Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäftswirkung abgelehnt ist. [105])

Weiter sind als Beweis für die begriffliche Möglichkeit der Uebertragung Gesetzesstellen anzuführen, in denen der Gesetzgeber selbst ein-

---

[101]) v. Tuhr I S. 389; ders. DJZ S. 427; Süß S. 16; vgl. auch ZPO § 810 und unten S. 32.

[102]) RG 55 S. 334; auch Heuer S. 28. Wenn auch dieses Argument keine große Ueberzeugungskraft besitzt, so ist doch der von Eccius (DJZ S. 53) dagegen erhobene Einwand zurückzuweisen, die Abtretung des BGB sei von der Zession des gemeinen Rechts in ihrem Wesen insofern verschieden, als die Zession des gemeinen Rechts keine Singularsukzession in die Obligato darstelle, sondern nur den Uebergang der Aktio bewirke. Denn mindestens im späteren gemeinen Recht erwarb der Zessionar nicht nur die Aktio, sondern auch die Obligatio, da der alte Unterschied zwischen Aktio und Obligato nicht mehr gemacht wurde; und damit war praktisch die Zession als Singularsukzession in die Forderung anerkannt. Vgl. Windscheid-Kipp § 339.

[103]) v. Tuhr II S. 387; ders. DJZ S. 427; Süß S. 28; Planck 3. Aufl. § 393, 4e; Ennecceruś-Lehmann, § 79 Anm. 14; letzterer bezeichnet den Schluß sogar als ein argumentum e fortiori: „Weshalb ich über eine fremde Schuld, für den Fall, daß ich sie erwerbe, nicht aber über die von mir selbst durch Darlehnshingabe zu begründende Forderung sollte verfügen können, ist . . . nicht einzusehen".

[104]) Eccius in GruchotsBeitr. S. 466; Dreyfus S. 95; Bergk S. 81. — Von den Befürwortern der Uebertragbarkeit: Ohmeyer S. 24; Hoddick S. 34.

[105]) S. unten S. 30.

ge Fälle der Verfügung über künftige Rechte sanktioniert:[106])

Von einer Uebertragung künftiger Rechte sprechen die §§ 956 f.;[107]) 1190; [108]) HGB § 891.

Eine Vernichtung künftiger Rechte kennt das Gesetz in den Fällen des § 276 Abs. 2 i. V. mit § 278 S. 2; 476; 1517; der in den §§ 2346 zugelassene Erbverzicht ist als ein antizipierter Verzicht auf das künftige Erbrecht aufzufassen, [109]) hier ist also sogar die Vernichtung eines künftigen Tatbestandes sanktioniert.

Schließlich wird in diesem Zusammenhange noch auf das Bedürfnis des modernen Wirtschaftslebens hingewiesen, für dessen ausgebildeten Kreditverkehr eine rechtsgeschäftliche Ausnützung künftiger Rechte geradezu unentbehrlich ist. [110]) Wenn hiermit zwar keine Begründung der Uebertragbarkeit künftiger Rechte gegeben ist, so sollte es doch nachdenklich stimmen, daß von der Theorie aus rein konstruktiven Gründen ein Rechtsphänomen für einen logischen Widersinn erklärt wird, das im Leben als etwas vollkommen selbstverständliches angesehen wird.

II. Aus alledem ist die grundsätzliche Zulässigkeit der Uebertragung künftiger Rechte zu bejahen, zumal in der eingangs zu diesem § angedeuteten antizipierten Verfügung eine Konstruktion gegeben ist, die mit den gebräuchlichen Rechtsbegriffen durchaus im Einklang steht.

Wenn wir als das Wesen der antizipierten Uebertragung festgestellt haben, daß eine Uebertragung eines bereits existenten Rechts vorliegt, bei welcher nur der Uebertragungs**akt** vor das Existentwerden des Rechts verlegt ist, so ergibt sich als der eigentliche Kern des Problems die Frage:

Ist eine derartige Vorwegnahme (Antizipation, Prolepsis) des Uebertragungsaktes möglich, oder umgekehrt betrachtet: **Kann ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalt abgeschlossen werden, daß es erst in einem späteren Zeitpunkt zu wirken beginnt,** sobald nämlich die Voraussetzungen einer Wirksamkeit, (die Existenz des zu übertragenden Rechtes) vorliegen? [111])

Die Frage ist aber zu bejahen. Der Grund dafür liegt in dem Wesen der Willenserklärung. Denn wie der Erklärende Herr ist über den Inhalt der Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäftes, so muß er auch Herr sein über den Zeitpunkt des Eintretens der Rechtswirkungen. „Es erscheint nach dem Wesen der Willenserklärung . . . logisch wohl denkbar, daß diese Willenserklärung schon vor dem Zeitpunkt, in welchem die Rechte existent werden, mit dem Erfolge abgegeben wird, daß sie

---

[106]) Einzelheiten über die angeführten Fälle bei Süß S. 29 ff.; Hoddick S. 35 ff.; Bedenken gegen diese Auffassung der angeführten Gesetzesstellen bei Bergk S. 84 ff.

[107]) S. oben S. 36 f.

[108]) Bei der Maximalhypothek wird ganz allgemein von der Abtretbarkeit der Hypothekenforderung gesprochen, obwohl die Maximalhypothek regelmäßig für eine künftige Forderung bestellt wird. Aehnlich auch § 1113 Abs. 3 i. V. mit § 1153. Parallelbestimmungen für das Mobilarpfandrecht in den §§ 1204 u. 1250.

[109]) Walsmann S. 212.

[110]) Süß S. 33. Oertmann § 399, 1 g; RG 55 S. 334.

[111]) Ohmeyer S. 24; Süß S. 20.

im Augenblick des Existentwerdens der Rechte auf diese wirksam wird und sie unmittelbar ergreift". [112])

Es ist indessen auch denkbar, daß eine Rechtsordnung auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht und die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts ausnahmslos im Augenblick der Vollendung desselben eintreten läßt. Dieses – in der gemeinrechtlichen Doktrin sog. – **Prinzip der Simultanität** (zwischen Vornahme und Wirksamwerden eines Rechtsgeschäfts) galt im älteren römischen Recht [113]) und entsprang dem Gedankengang, daß ebenso wie in der Sinnenwelt die Wirkung sich unmittelbar an die Ursache anschließt, auch die Wirkung eines Rechtsgeschäftes unmittelbar der Vornahme desselben folgen müsse.

Eine Folge des Grundsatzes der Simultanität war, daß alle Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes im Augenblick seiner Errichtung vorliegen mußten. Fehlte in dem Zeitpunkt, in dem allein das Rechtsgeschäft wirksam werden konnte, eine Wirksamkeitsvoraussetzung, so konnte das Rechtsgeschäft überhaupt niemals wirksam werden — sog. **Prinzip der Präsenz des Tatbestandes.** [114])

Diese beiden Prinzipien sind bereits im klassischen römischen Recht aufgegeben worden, auf Grund der Entwicklung des Wirtschaftsverkehrs, der von der Rechtsordnung die Möglichkeit einer weitgehenden Beeinflussung künftiger Verhältnisse verlangte [115])

Daß vollends das BGB das Prinzip der Simultanität nicht anerkennt, geht mit genügender Deutlichkeit aus den §§ 158 Abs. 1 und 185 Abs. 2 hervor. Erstere Bestimmung legt das Wesen der aufschiebenden Bedingung (dasselbe gilt für den Anfangstermin — § 163) dahin fest, daß die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten soll; im zweiten Falle wird die Verfügung eines Nichtberechtigten mit dem Erwerbe des Rechts wirksam. In beiden Fällen liegt also zwischen der Vornahme und dem Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts eine Zeitspanne, womit zum Ausdruck kommt, daß das BGB das Prinzip der Simultanität ablehnt.

Wenn nach dem BGB aber die Hinausschiebung der Wirksamkeit möglich ist, so muß man auch annehmen, daß die Voraussetzungen der Wirksamkeit erst im Augenblick des Wirksamwerdens vorhanden zu sein brauchen: [116]) mit dem Prinzip der Simultanität ist auch das Prinzip der Präsenz des Tatbestandes gefallen.

Von den Voraussetzungen der **Wirkungen** eines Rechtsgeschäfts sind die Voraussetzungen eines **Errichtungsaktes** zu unterscheiden. [117]) Letztere (z. B. die Geschäftsfähigkeit) müssen dagegen im Zeitpunkt

---

[112]) RG 67 S. 167; ähnlich Süß S. 20.

[113]) Ihering S. 159 ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 221 ff. Bestritten war nur, ob dieses Prinzip ohne Ausnahme war. Vgl. darüber die beiden Schriftsteller a. a. O.

[114]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 222; Ihering a. a. O.: „Was nützt dem Jäger, der, wenn er schießen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, daß er früher Pulver gehabt hat oder später bekommen soll?"

[115]) Ihering S. 166 ff.

[116]) Enneccerus a. a. O. S. 224.

[117]) Enneccerus a. a. O. S. 223.

der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorhanden sein, wenn diese nicht nichtig sein soll. Hier kann ein nachträgliches Eintreten keine Heilung hervorrufen. [118])

Wenn hiermit gezeigt worden ist, daß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von den Parteien hinausgeschoben werden kann, und daß die Voraussetzungen der Wirksamkeit erst zur Zeit des Wirksamwerdens vorzuliegen brauchen, so müssen die Parteien auch die Wirkung eines Rechtsgeschäftes bis zu dem Augenblick hinausschieben können, wo alle Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Die Uebertragung eines Rechts kann also in der Art erfolgen, daß mit dem Existentwerden des Rechts die Uebertragungshandlung das entstandene Recht unmittelbar ergreift. Mit der Zulässigkeit der Antizipation ist aber auch bewiesen, daß grundsätzlich jedes Recht vor seiner Entstehung bereits übertragen werden kann. [119])

Für eine Reihe von verschiedenen Einzelfällen ist die Uebertragung künftiger Rechte anerkannt. So wird — abgesehen von der Zession künftiger Forderungen [120]) — die Uebertragung künftiger GmbH-Anteile von Rechtsprechung [121]) und Literatur [122]) zugelassen; die Abtretung eines künftigen Patentes, wie sie in der sog. Erfinderklausel üblich ist, wird bei Werk- [123]) und Anstellungsverträgen [124]) anerkannt, ebenso die Uebertragung des Urheberrechts an einem erst zu schaffenden Werke. [125])

III. Wenn wir hier den allgemeinen Grundsatz aufgestellt haben, daß jedes Recht bereits vor seiner Entstehung übertragen werden kann, so muß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit durch einige Voraus-

---

[118]) Diesen Unterschied zwischen Errichtungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen verkennt Eccius (GruchotsBeitr. 53 S. 3), wenn er, um die antizipierte Uebertragung ad absurdum zu führen, behauptet: mit gleichem Recht, wie man unter der Voraussetzung des Entstehens des Rechts darüber verfügen könne, müsse man sich auch unter der Voraussetzung der Erreichung der Volljährigkeit verpflichten können. S. dagegen Müller S. 235 Anm. 23.

[119]) RG 67 S. 166 f.; v. Thur I S. 224; Hoddick S. 46.

[120]) S. oben Anm. 87 u. 88.

[121]) RG in LZ 1911 S. 614; OLG 5 S. 280.

[122]) Staub-Hachenburg, GmbHGes. § 15 Anm. 41; freilich mit methodisch anfechtbarer Begründung: es wird der anerkannte Grundsatz der Abtretung künftiger Forderungen mittels § 413 auch auf den GmbH-Anteil angewendet. Es handelt sich hier aber nicht um eine spezielle Vorschrift der Zessionslehre, sondern um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der für jede Verfügung von vornherein gleichmäßig gilt, für die Zessionen von Forderungen ebenso wie für die Uebertragung des GmbH-Anteils. — Interessant ist, wie auch hier die gleichen Bedenken laut geworden sind wie gegen die Abtretung künftiger Forderungen; vgl. Lützeler S. 536 ff.; mit Recht aber auch hier ohne Erfolg.

[123]) RG in MuW Bd. 17 S. 55

[124]) RG 84 S. 50

[125]) Crome § 519 III

setzungen eingeschränkt werden, die sich aus dem Wesen der Vorausverfügung ergeben.

1.) Da es sich hier um die vorweggenommene Uebertragung eines bestehenden Rechts handelt, so ergibt sich zwangsläufig als erste Voraussetzung, daß das Recht selbst übertragbar sein muß: ein Recht, das **nach** seiner Entstehung nicht übertragen werden kann, kann es auch vorher nicht. [126])

2.) Ein zweites Erfordernis ist, daß das künftige Recht zur Zeit der Uebertragung bereits bestimmbar ist: es muß sich die Identität des erwarteten und des entstandenen Rechtes feststellen lassen, soll nicht das antizipierte Rechtsgeschäft völlig inhaltlos sein. [127])

Dagegen ist nicht erforderlich, daß sich das künftige Recht schon als Anwartschaft in irgend einem Sinne [128]) kennzeichnen läßt, daß zu ihm schon irgendwie der Grund gelegt ist, [129]) oder daß seine Entstehung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarteln ist. Denn konstruktiv kann das alles keinen Unterschied machen: alle Fälle, in denen ein Recht noch nicht existiert, werden von der proleptischen Uebertragung in gleicher Weise gedeckt. [130])

3.) Das dritte Erfordernis ist, daß der Verfügungs**akt** selbst schon vor der Entstehung des Rechtes vorgenommen werden kann, von der Existenz des Verfügungsgegenstandes unabhängig ist. Daß an diesem Erfordernis die grundsätzliche Uebereignung künftiger Fahrnis scheitert, haben wir bereits gesehen. [131]) [132])

IV. Wir können somit als Ergebnis unserer Ausführungen die Lehre von der Uebertragung künftiger Rechte dahin zusammenfassen:

Jedes Recht ist schon vor seiner Entstehung übertragbar. Voraussetzung ist:

1. **Das Recht selbst muß übertragbar sein;**
2. **Das Recht muß bei der Uebertragung bestimmbar sein;**
3. **Der Uebertragungsakt muß schon vor der Entstehung des Rechts vorgenommen werden können.**

---

[126]) v. Tuhr DJZ S. 429; derf. I S. 224.

[127]) Ohmeyer S. 205; Süß S. 39; RG in WarnE 1912 S. 398.

[128]) S. oben S. 24 f.

[129]) Anders Oertmann, § 399, 1g γ, der die Abtretung künftiger Forderungen nur zulassen will, wenn für ihre Entstehung bereits in bindender Weise der Grund gelegt ist.

[130]) Süß S 33 f.; Hoddick S. 10.

[131]) S. oben S. 37 u. Anm. 99.

[132]) Instruktiv ist in dieser Hinsicht die RG-Entscheidung Bd. 75 S. 227. Hier handelte es sich um die Uebertragung künftiger deutscher und österreichischer Patente. Erstere werden nach der h. L. gemäß den allgemeinen Vorschriften, §§ 398, 413, durch bloße Einigung übertragen; bei letzteren ist aber außerdem noch die Eintragung in das Patentregister erforderlich (§§ 18, 23 des dortigen Patentgef. vom 11. Jan. 1877). In Oesterreich ist damit der Uebertragungsakt an die Existenz des Patentes geknüpft, in Deutschland nicht. Das RG hat demzufolge die antizipierte Uebertragung der deutschen Patente für gültig, die der österreichischen für ungültig erklärt.

§ 4.

Die Uebertragung des künftigen Erbrechts.

Im § 2 der Arbeit haben wir gesehen, daß das Erbrecht vor dem Erbfall sich teils unter den Oberbegriff des künftigen Rechts, teils unter den Oberbegriff des unfertigen Tatstandes unterordnen läßt. Im § 3 ist dargestellt worden, daß und inwieweit durch antizipiertes Handeln künftige Rechte (und entsprechend künftige Tatbestände) übertragen werden können. Wir sind nunmehr in der Lage zu untersuchen, ob und inwieweit auch das künftige Erbrecht Gegenstand einer Uebertragung sein kann. Und zwar ist unter A aus den beiden dargestellten Prämissen lediglich der Schluß zu ziehen, unter B zu prüfen, ob sich diesem auf rein logischem Wege gefundenen Schluß nicht positivrechtliche Bedenken und Einschränkungen entgegenstellen, und nachdem unter C das Ergebnis zusammengefaßt worden ist, ist unter D die Stellungnahme von Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage darzustellen.

A. Wir haben auch hier den Unterschied zwischen Erbrecht — im Sinne von Stellung als Erbe — und Recht am Nachlaß zu Grunde zu legen und im folgenden das Erbrecht (I) und das Recht am Nachlaß (II) gesondert zu betrachten.

I. Bei dem Erbrecht vor dem Erbfall handelt es sich um einen unfertigen Tatbestand, um ein künftiges Rechtsverhältnis [133]) Nun haben wir aber im § 3 d. A. nur die Uebertragung künftiger Rechte betrachtet und das Wesen derselben in der Antizipation des Uebertragungsaktes vor dem Existentwerden aller Wirksamkeitsvoraussetzungen gefunden. An sich ist die Antizipation in gleicher Weise möglich, wenn die Wirksamkeitsvoraussetzung in der Existenz eines Rechtes, eines Rechtsverhältnisses oder eines Tatbestandes besteht. Es wäre daher auch die antizipative Uebertragung eines Tatbestandes denkbar, wenn — und hiermit kommen wir gleichzeitig zur ersten Voraussetzung der antizipierten Uebertragung — wenn der Tatbestand selbst übertragbar ist.

Nun ist aber die Erbenstellung **nach** dem Erbfall nicht übertragbar. Denn wenn das Gesetz für die Erbenstellung einen bestimmten Tatbestand zur Voraussetzung macht: Berufung durch Verfügung von Todeswegen oder durch Gesetz, so kommt darin zum Ausdruck, daß dieselbe Rechtswirkung nicht auch ein anderer Tatbestand, ein Rechtsgeschäft der Erben, haben könne. Zwar ist es logisch wohl möglich, daß eine Rechtsordnung die Beeinflussung des Erbrechts durch Abreden Dritter zuläßt, [134]) doch ist das nicht die Auffassung unseres Rechts. Das Gesetz erkennt — entsprechend dem herrschenden Rechtsbewußtsein — für die Bestimmung der Person des Erben lediglich den Willen des Erblassers für maßgeblich an, wie er entweder in einer Verfügung von Todeswegen oder in den subsidiären Gesetzesbestimmungen fiktiv zum Ausdruck kommt. Das geht einwandfrei aus den Vorschriften über den Erbverzicht hervor: obgleich es sich hier nur um eine Vernichtung des künftigen Erbrechts handelt, — nicht einmal um eine Uebertragung —,

---

[133]) S. oben S. 23 f.

[134]) Binder, Rechtsstellung III S. 94. Ein Beispiel: vgl. unten S. 42 f. u. Anm. 180.

ist stets die Mitwirkung des Erblassers erforderlich. Ein einseitiger Verzicht des Erben ist auch als antizipierte Erbschaftsausschlagung nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1946 unmöglich. Durch irgendwelche Rechtsgeschäfte kann demnach nicht in die Erbenstellung, in die Erbfolge eingegriffen werden. [135]) Damit entfällt aber auch die Uebertragbarkeit des Erbrechts vor dem Erbfall.

Die Uebertragung des Erbrechts vor dem Erbfall — in dem Sinne von Stellung als Erbe — ist nicht möglich. [136])

II. Wenn wir im folgenden für das Recht an der Erbschaft prüfen, ob die Voraussetzungen der Uebertragung künftiger Rechte [137]) vorliegen, so soll aus methodischen Gründen zunächst (a) der Erbteil des Miterben, und erst im Anschluß daran (b) die Erbschaft des Alleinerben betrachtet werden.

a. die erste Voraussetzung ist die Uebertragbarkeit des Rechts **nach** seiner Entstehung. Nach der Entstehung handelt es sich aber um den Anteil am Nachlaß, der nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2033 Abs. 1 übertragbar ist.

Weiter muß der Erbteil schon zur Zeit der Uebertragung bestimmbar sein. Das bedeutet nicht, daß der Wert derselben schon festgestellt werden könne, sondern lediglich, daß sich die übertragene Erbschaft in ihrer Individualität bestimmen läßt. Diesem Erfordernis ist aber Genüge geschehen, wenn die Person des Erblassers und des Erben genannt sind.

Schließlich muß der Uebertragungsakt bereits vor der Entstehung des Rechts, vor dem Erbfall vorgenommen werden können. Da zur Uebertragung des Erbteils ein bloßer Vertrag genügt — § 2033 Abs. 1 S. 2 — ist die Existenz des Erbteils nicht Voraussetzung der Uebertragung.

Die Uebertragung des Erbteils des Miterben vor dem Erbfall ist daher logisch möglich.

b. Schwieriger ist die Lage bei dem **Alleinerben,** da hier die künftige Erbschaft eine Mehrheit von künftigen Rechten bildet. [138])

Will man die Uebertragung der künftigen Rechte in einem Akte vor sich gehen lassen, so fehlt es an der ersten Voraussetzung: nach der Entstehung der Rechte, nach dem Erbfall ist eine Uebertragung uno actu unmöglich, da § 2033 Abs. 1 nur für den Miterben gilt und eine entsprechende Bestimmung für den Alleinerben nicht besteht.

Will man jedes einzelne künftige Recht vor dem Erbfall übertragen, so fehlt es an der zweiten und dritten Voraussetzung. Denn es kann zur Zeit der Uebertragung noch niemand sagen, welche Gegenstände im Einzelnen zur Zeit des Erbfalls zur Erbschaft gehören werden, und überwiegend gehören zum Nachlaß körperliche Sachen und andere Gegenstände, zu deren Uebertragung ein bloßer Vertrag nicht genügt.

Wir würden somit zu dem Ergebnis kommen, daß die Uebertragung

---

[135]) RG 64 S. 175; BayOLG im Recht 1920 Nr. 925 u. 2449. Pringsheim S. 32; Planck vor § 2346 V 2; Strohal i. d. Festschr. S. 922.

[136]) A. M. Endemann. S. unten S. 48 f.

[137]) S. oben S. 32.

[138]) S. oben S. 24.

der künftigen Erbschaft seitens des Alleinerben nicht möglich ist. Dieses Ergebnis befremdet aber. Denn vor dem Erbfall ist die tatsächliche und rechtliche Lage die gleiche bei dem Alleinerben wie beim Miterben, und für den einen wie für den anderen besteht das gleiche Bedürfnis, die künftige Erbschaft verwerten und übertragen zu können. Das Ergebnis wird dadurch noch unerträglicher, daß man im Voraus nicht wissen kann, ob man später nicht der einzige Erbe sein wird. Denn in diesem Falle würde die antipizierte Erbteilsübertragung wirkungslos sein, der Abgefundene, der etwa ins Ausland ausgewandert ist, müßte jetzt noch die Einzelübertragung aller Nachlaßrechte vornehmen.

Wenn man zu einem anderen Ergebnis gelangen will, so muß man zunächst fragen, warum der Gesetzgeber das eine Mal die einheitliche Uebertragung zuläßt, das andere Mal dagegen nicht.

Grundsätzlich steht der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, daß jedes Vermögen nur durch Uebertragung der einzelnen Bestandteile übertragen werden kann — sog. **Prinzip der dinglichen Spezialübertragung.** Der Grund hierfür ist das Publizitätsprinzip, d. h. das Bestreben, die Rechtsverhältnisse an den einzelnen Vermögensbestandteilen nach Möglichkeit auch äußerlich sichtbar werden zu lassen. Das wird aber nur erreicht, wenn jede Sache einzeln übergeben, jedes Grundstück einzeln auch bücherlich übertragen, jeder Wechsel einzeln indossiert wird, usw.

Nur ganz ausnahmsweise hat sich der Gesetzgeber entschlossen, von diesem Prinzip der dinglichen Spezialübertragung abzuweichen und die Uebertragung eines ganzen Vermögens uno actu zuzulassen.[139])

Besonders nahe lag nun für den Gesetzgeber die Aufgabe dieses Prinzips dort, wo eine Einzelübertragung der einzelnen Gegenstände nicht möglich ist, insbes. bei den Bestandteilen der Gesamthandsvermögen.[140]) Hier schneidet sich das Prinzip der dinglichen Spezialübertragung mit dem Grundsatz, daß aus wirtschaftlichen Rücksichten jedes Vermögensrecht veräußerlich sein muß.

Den Konflikt dieser beiden Grundsätze hat der Gesetzgeber nicht einheitlich für alle Arten der Gesamthandsgemeinschaften entschieden, vielmehr hat er im Einzelfalle den Wert des Spezialitätsprinzips und das Bedürfnis, das nach Uebertragbarkeit der Vermögensrechte besteht, miteinander abgewogen. Da bei der Gesellschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft die Absicht der Beteiligten in der Regel gerade dahin geht, ein zur Erreichung gemeinsamer Zwecke gebundenes Vermögen zu schaffen so überwog hier der Wert des Spezialitätsprinzips, und eine einheitliche Uebertragung des Vermögensanteils wurde in diesen Fällen nicht zugelassen, — §§ 719 Abs. 1, 1442 Abs. 1. — Und umgekehrt überwog bei der auf kapitalistischer Grundlage aufgebauten Erbengemeinschaft — wie auch bei der Reederei, HGB § 503 — das wirtschaftliche Bedürfnis nach Verkehrsfähigkeit und Uebertragbarkeit der Anteile, sodaß der Gesetzgeber hier, im § 2033 Abs. 1, die Verfügung über den Anteil zuließ:[141])

Zwei Gründe sind also für den Gesetzgeber maßgebend gewesen

---

[139]) Womit er dem Vermögen als solchem dann zugleich auch in der Regel Rechtsobjektivität verlieh. Vgl. oben S. 17.

[140]) §§ 719 Abs. 1; 1442; 2033 Abs. 2.

[141]) Vgl. dazu die Protokolle Bd. 5 S. 837 ff.

für die Schaffung des § 2033 Abs. 1 für die Zulassung einer einheitlichen Verfügung über den Anteil am ganzen Gesamthandsvermögen:

1.) die Unmöglichkeit der Einzelübertragung der Bestandteile der Erbschaft;

2.) das Bedürfnis für die Uebertragbarkeit.

Beide Gründe treffen aber auch auf unseren Fall zu. Auch die Erbschaft vor dem Erbfall kann — anders als nach demselben — nicht durch Einzelakte übertragen werden, da hier, wie gezeigt, die Voraussetzungen der antizipierten Uebertragung fehlen. Ein Bedürfnis nach Uebertragbarkeit besteht aber in ebenso hohem Maße wie bei dem Erbteil des Miterben.

Die Gleichheit des Grundes rechtfertigt aber eine analoge Anwendung des § 2033 Abs. 1 auf die Uebertragung der Erbschaft des Alleinerben vor dem Erbfall.[142])

Um einen ähnlich gelagerten Fall handelt es sich bei der Uebertragung des Erbteils seitens des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls. Hier hat das RG und die h. L. mit Recht die analoge Anwendung des § 2033 Abs. 1 auch für den Fall befürwortet, daß der **Alleinnacherbe** seine Erbschaft überträgt.[143])

B. Wenn somit auf Grund allgemeiner Erörterungen die Möglichkeit der Uebertragung der künftigen Erbschaft zu bejahen ist, so taucht demgegenüber die Frage auf, ob dieses a priori gefundene Ergebnis im Einklang steht mit dem positiven Recht, oder ob Bedenken und Einschränkungen dagegen geltend zu machen sind.

I. Am nächsten liegt das Bedenken, ob sich das gefundene Resultat nicht in Widerspruch setzt mit den Grundgedanken des geltenden Erbrechts: das Gesetz hat mit den Instituten des Erbverzichts und des Erbvertrages dem Verkehr bestimmte und eingehend geregelte Rechtsgeschäftstypen zur Verfügung gestellt und damit eindeutig zu erkennen gegeben, daß daneben für einen anderen gleichartigen Rechtsgeschäftstypus kein Platz mehr ist. Die antizipierte Erbschaftsübertragung würde dann dem numerus clasus des Erbrechts zuwiderlaufen und daher für unzulässig zu halten sein.

Und im Hinblick auf das praktische Ergebnis scheint dieses Bedenken recht schwer zu wiegen. Bei der Betrachtung der angeführten Verträge fällt auf, daß das Gesetz an dem Grundsatz festhält, daß derartige Verträge nur unter Mitwirkung des Erblassers zustande kommen können. Unsere antizipierte Erbteilsübertragung hat letzten Endes dasselbe praktische Ergebnis wie die oben genannten Verträge des Erbrechts: hier wie dort entledigt sich der eine Erbe seines Erbteils und ein anderer erhält ihn an seiner Statt. Doch hier sollte, im Gegensatz zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Prinzip, eine Mitwirkung des Erblassers nicht erforderlich sein!

Das Ergebnis macht zuerst stutzig. Es ist aber nicht richtig, weil in dem Schluß eine Voraussetzung falsch ist: eine antizipierte Erbschaftsübertragung hat nicht dieselbe Wirkung wie die erbrechtlichen Verträge.

---

[142]) Es darf hiergegen nicht eingewendet werden, daß eine Uebertragung uno actu von einer Mehrheit von Rechten unbedingt und ausnahmslos ausgeschlossen sei. Das Gegenteil beweist z. B. § 926.

[143]) Vgl. z. B. RG 101 S. 189; Staudinger § 2100, 5.

Denn diese ändern unmittelbar das Erbrecht, unser Vertrag dagegen greift nur in das vermögensrechtliche Recht an der Erbschaft ein. Der Erbvertrag und der Erbverzicht ändern die Erbfolge selbst: ein anderer als der ursprünglich Berufene wird Erbe. Unser Vertrag läßt die Erbfolge unangetastet: Erbe bleibt trotz des Vertrages der vom Erblasser oder durch Gesetz Berufene.

Wenn unser Vertrag auch insofern dingliche Wirkung hat, als er unmittelbar das Recht am Nachlaß beeinflußt, so fehlt ihm doch gerade die spezifisch erbrechtlich-dingliche Wirkung, welch letztere bei den anderen Verträgen für den Gesetzgeber der entscheidende Grund war zu Anordnung der Mitwirkung des Erblassers.

Unser Vertrag geht daher völlig außerhalb der erbrechtlichen Verträge, und es können aus der Sonderregelung des positiven Erbrechts, insbes. aus dem numerus clausus der erbrechtlichen Rechtsgeschäfte Bedenken gegen ihn nicht hergeleitet werden. [144])

II. i. Man könnte auch versucht sein, aus der Vorschrift des § 312 auf die Unzulässigkeit der hier dargestellten antizipierten Erbschaftsübertragung zu schließen: im § 312 sind Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nur zugelassen, soweit sie obligatorische Wirkung haben, also, so könnte man mittels eines arg. e contr. folgern, sind Verträge unzulässig, die darüber hinaus dingliche Wirkung haben. [145])

Doch sollte man mit einem derartigen Umkehrschluß nicht zu voreilig sein, sondern seine Berechtigung erst auf Grund der Ratio des Gesetzes prüfen Die Ratio des § 312 kann aber nicht aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung dieser Vorschrift allein herausgelesen werden, sondern um Sinn und Zweck dieses § zu verstehen, ist ein Eingehen auf seine **geschichtliche Entstehung** unerläßlich.

Der § 312 erklärt „Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten" — die sog. Erbschaftsverträge [146]) — für nichtig, mit Ausnahme der zwischen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil geschlossenen. Die Motive [147]) beziehen sich bezüglich der Begründung dieses Verbotes auf einen Satz in der Konstitution Justinians, [148]) in der in ähnlicher Weise wie heute die pacta de hereditate tertii verboten waren: „Omnes hujusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi eventus". Wenn diese Verträge hier unanständig, verwerflich genannt werden, so ist das vollkommen erklärlich, da in ihnen zu Lebzeiten eines Menschen über dessen einstige Hinterlassenschaft mit verletzender Frivolität gehandelt wird und da-

---

[144]) Nach Planck (§ 312, 1 a) sollen allerdings „dingliche" Verträge über den Nachlaß eines noch lenbenden Dritten infolge der Grundsätze des Erbrechts nichtig sein. Doch scheint mir diese Auffassung nur auf einer Vermengung der Begriffe „Erbrecht" und „Erbschaft" zu beruhen, und demzufolge auf einem Zusammenwerfen von „dinglichen" und „erbrechtlich-dinglichen" Verträgen.

[145]) Staudinger § 312 II 3; RGR-Komm. § 312, 2; Planck a.a.O.

[146]) Der Ausdruck ist von Hasse — S. 220 — geprägt worden, zur Unterscheidung dieses Vertrages vom Erbvertrage.

[147]) Bd. 2 S. 182 ff.

[148]) C 30 Cod. 2, 3.

mit gleichsam auf den Tod eines Menschen in pietätloser Weise spekuliert wird. Es handelt sich hier also um einen allgemein menschlichen Grund, der tief im Rechtsbewußtsein eines jeden Volkes und einer jeden Zeit wurzelt, und der psychologisch aus der Ehrfurcht des Menschen vor dem Rätsel des Todes und der Achtung vor dem Lebenden zu erklären ist. [149]) [150])

Entsprechend der Allgemeingültigkeit dieses legislativen Grundes kann man übereinstimmend in allen Rechten eine mehr oder weniger feindselige Haltung des Gesetzgebers gegenüber den Erbschaftsverträgen beobachten.

So war im älteren **römischen Recht** jeder Vertrag über die Erbschaft eines Lebenden schlechthin verboten. [151]) später unterschied man bei den pacta de hereditate tertii, ob es sich um die Erbschaft eines bestimmten Dritten (persona certa) oder irgend eines Dritten (persona incerta) handelte. Die letzteren konnten gültig geschlossen werden, da für sie der angeführte legislative Grund nicht in dem Maße zutraf. Unter Justinian wurden auch die pacta de hereditate personae certae für gültig gehalten, wenn der Erblasser seine Zustimmung erteilte, die er aber jederzeit wieder zurücknehmen konnte. Im übrigen blieben die Verträge verboten. [152]) Der Abschluß eines solchen Vertrages entgegen dem Verbot war ein Indignitätsgrund und zog den Verlust der gesamten Erbschaft nach sich, die als ereptorium dem Fiskus anfiel. [153])

Das Verbot der pacta d.h.t. war in dieser Gestalt gemeines Recht geworden. [154]) Allerdings kam eine Entreißung durch den Fiskus nicht mehr in Frage, es behielt bei der Nichtigkeit des Vertrages sein Bewenden. [155])

---

[149]) Hasse S. 231 f.

[150]) Wenn die Verträge sodann von Justinian als plenae tristissimi et periculosi eventus bezeichnet werden, so ist damit nicht nur gemeint, daß ihr Inhalt für den Erblasser beleidigend ist, sondern auch, daß durch den Abschluß derartiger Verträge unmittelbar ein Anreiz zur Lebensnachstellung und damit eine erhöhte Lebensgefahr für den Erblasser gegeben ist. — Hasse S. 226. Eine für die damaligen Sitten bezeichnende Begründung!

[151]) Hasse S. 224; Mot. Bd. 2 S. 182.

[152]) C 30 Cod. 2, 3. Vgl. Beseler S. 329 ff.

[153]) Dig. 34, 9, 2, 3; Dig. 39, 5, 30.

[154]) Jedoch bestr.; es wurde behauptet, daß mit der allgemeinen Anerkennung der Erbverträge im deutschen Recht auch die Erbschaftsverträge für gültig zu halten seien, was aber wegen der Verkennung des großen Unterschiedes zwischen Erb- und Erbschaftsverträgen falsch war. Weiter wurde zu Unrecht behauptet, daß der Grund des römisch-rechtlichen Verbotes in neuerer Zeit weggefallen sei. Literatur und eingehende Behandlung dieser Frage bei Hasse S. 218 ff.; Beseler S. 328 ff. Ferner Windscheid-Kipp § 529 Anm. 4; SeuffArch 13 S. 44; 14 S. 216; 20, 51.

[155]) Beseler S. 341 f., bestr.

Die Behandlung des Erbschaftsvertrages in den **deutschen Partikularrechten** war verschieden: [156])

Ein unbedingtes Verbot war ausgesprochen im Schwabenspiegel, [157]) im Stadtrecht cvi Freiburg im Breisgau (1520), [158]) und der erneuerten Reformation von Frankfurt (1578), [159]) u. a. m. [160])

Von fremden Rechten ist im Code civil Art. 1130 [161]) und im Oesterreichischen ABGB § 890 Abs. 2 [162]) der Erbschaftsvertrag für nichtig erklärt.

Der gemeinrechtlichen Regelung näherten sich durch Anerkennung des vom Erblasser genehmigten [163]) Erbschaftsvertrages die Nürnberger Reformation (1564), [164]) das Württembergische Landrecht (1609) [165]) das Sächs. BGB [166]) u. a. m. [160])

Bemerkenswert ist aber andererseits die schrankenlose Anerkennung der Erbschaftsverträge, wie sie sich im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (1756) findet.[167]) [168])

Beachtlich ist die eigenartige, und wie mir scheint, recht glückliche Regelung, die der Erbschaftsvertrag im Privatrechtl. Gesetzbuch für den

---

[156]) Reiche Quellenangaben mit Zitaten bei Gruchot, Erbr. II S. 411 ff.

[157]) Cap. 33 § 3: „Ein wîp mac irem manne dehein erbe gegeben des si dannoch niht geerbet hât unde des si wartet ze erbenne. alsô enmac ouch der man. alsô enmac ouch nieman dem andern dehein erbe gegeben des er nit geerbet hât."

[158]) Tract. 3. Tit. 2.

[159]) Theil III Tit. 2 § 3.

[160]) Vgl. Beseler S. 338. Gruchot a. a. O.

[161]) „On ne peut, même par contrat de mariage, renonçer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels, qu'on peut avoir à cette occasion.
S. 2: On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement.

[162]) „Nichtig sind folgende Verträge: . . . 3. wenn eine Erbschaft oder Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird."

[163]) Freilich war in den deutschen Rechten ein Widerruf der Genehmigung nicht vorgesehen.

[164]) P. III Tit. Ges. 6.

[165]) T. 2. Tit. 31

[166]) § 2536.

[167]) Teil III Cap. 11 § 1: „Jene Pacta hingegen, welche über die künftige Erb- oder Verlassenschaft eines Dritten noch Lebenden ohne dessen Mitbewilligung errichtet werden, gelten ohne Unterschied, ob der Dritte persona certa oder incerta seye, nur conditionate und in eventum, wenn sothane Erbschaft einem von denen Paziszenten mit der Zeit anfällig wird, immaßen diese Bedingnuß ohnehin schon allzeit stillschweigend darunter verstanden ist".

[168]) Ferner schrankenlose Anerkennung in der Praxis von Kassel (Seuff. 14, N. 216: GruchotsBeitr. 21 S. 842), Wiesbaden (Seuff. 13 N. 44), Stuttgart (Seuff. 1 N. 252).

Kanton Zürich erfahren hat: er ist stets unter Miterben gültig, bedarf aber einer Anzeige an den Erblasser. [169])

Einen ähnlichen Mittelweg zwischen der schrankenlosen Zulassung und dem unbedingten Verbot hat das ALR in geschickter Weise eingeschlagen, indem es die Erbschaftsverträge zuläßt, soweit es sich um gesetzliche Miterben handelt, während es bei Fremden die Mitwirkung des Erblassers für erforderlich erklärt. [170])

So stellte sich zur Zeit der Schaffung unseres BGB im wesentlichen die Geschichte der gesetzlichen Regelung der Erbschaftsverträge dar. Von den verschiedenen zur Auswahl stehenden Systemen wählte der E I das des unbedingten Verbots der Erbschaftsverträge. Der heutige § 312 — § 349 des E I — bestand damals lediglich aus dem ersten Absatz. Man begründete die strenge Ablehnung damit, daß derartige Verträge, in der Gegenwart wie seinerzeit in Rom, das im Volke wurzelnde Anstandsgefühl verletzen, und außerdem vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus bedenklich seien. Andererseits erkannte man allerdings auch an, daß innerhalb der Familie u. U. sehr wohl ein Bedürfnis für derartige Verträge entstehen könnte, etwa bei vorzeitigen Erbauseinandersetzungen anläßlich der Auswanderung eines Familienmitgliedes. Aber man

---

[169]) § 2138: „Jeder Miterbe ist berechtigt, sich für seine Anwartschaft auf die gemeinsame Erbschaft . . . von seinen Miterben auskaufen zu lassen."
§ 2140: „Bezieht sich der Auskauf auf eine künftige Verlassenschaft, so ist anzunehmen, der ausgekaufte Erbe habe auf sein Erbrecht zugunsten des aufkaufenden Erben verzichtet, so daß die Verlassenschaft zur Zeit des Anfalls diesem an jenes Statt zukommt, und der ausgekaufte Erbe weder eine allfällige Ausschlagungserklärung abzugeben hat, noch den Erbschaftsgläubigern haftet."
§ 2145: „Werden derartige Verträge bei Lebzeiten des Erblassers über eine zukünftige Erbschaft abgeschlossen, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit sowohl der notariellen Fertigung, als auch der Anzeige an den Erblasser."
Dazu Bluntschli, Erläut. IV S. 196: „Durch die Anzeige erhält der Erblasser, wenn er damit nicht einverstanden ist, die Veranlassung, über den Erbteil des Veräußerers anders zu disponieren. . . . Die praktische Folge dieser Bestimmung wird sein, daß solche Verträge nur da zustande kommen, wo sie mit den Familieninteressen nicht in Konflikt geraten, bzw. der Erblasser zustimmt. Es kann sich ein liederlicher Sohn keine Hoffnung machen, daß er gegen den Willen seines Vaters für die Anwartschaft auf dessen Erbe einen Käufer findet, und der habsüchtigen Spekulation auf solche Veräußerung ist eine Schranke gesetzt". Zitiert nach Gruchot, Erbr. S. 411 f.

[170]) ALR I, 12, § 649: „Verträge, wodurch einer künftigen Erbschaft entsagt, oder die Teilung einer solchen Erbschaft angeordnet wird, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind".
§ 650: „Zugunsten eines Fremden gelten dergleichen Verträge nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitkontrahent beitritt".

nahm an, daß in diesen Fällen stets mit den Instituten des Erbverzichts und des Erbvertrages geholfen werden könne, was außerdem den Vorteil bot, daß dabei infolge der Notwendigkeit der Mitwirkung des Erblassers unlautere Machenschaften ausgeschlossen seien. Also weil man im BGB — im Gegensatz zum römischen Recht — den Erbvertrag und den Erbverzicht anerkannt hatte, glaubte man — über das römische Recht hinaus — vollkommen ohne den Erbschaftsvertrag auskommen zu können. [171])

Doch bei den Beratungen der 2. Kommission stellte es sich heraus, daß die Annahme der Motive nicht richtig war. Denn es sind auch Fälle denkbar, wo der Abschluß eines Erbverzichts oder eines Erbvertrages nicht angängig ist, etwa weil der Erblasser im Ausland weilt, verschollen oder nicht unbeschränkt geschäftsfähig [172]) ist; und wenn in diesen Fällen ein ernsthaftes Bedürfnis zur vorzeitigen Regelung der Erbschaftsverhältnisse vorliegt, etwa weil der eine Teil auswandern und sich für seinen Erbteil abfinden lassen will, so kann man hier nur mit dem Erschaftsvertrag zum Ziele kommen.

Für die Zulässigkeit sprach also ein gewisses praktisches Bedürfnis, **dagegen** aber die dargestellten Rücksichten auf das Pietätsgefühl. In diesem Widerstreit erkannte man das erste Argument für ausschlaggebend an, soweit man annehmen konnte, daß bei dem Abschluß derartiger Verträge wirklich ernsthafte Interessen maßgeblich sind, und soweit ein Zweifel an der anständigen Gesinnung der Parteien nicht aufkommen könne. Und so entschloß man sich in der 2. Kommission, die im ALR vorgezeichnete Regelung für die Abgrenzung der Zulässigkeit zu übernehmen, und diejenigen Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten als gültig anzuerkennen, die unter gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil eines von ihnen geschlossen werden. Dagegen erkannte man im übrigen die Rücksichten auf das Pietätsgefühl für durchschlagend an, sodaß es in den anderen Fällen bei der Regelung des E I blieb, die insofern strenger als das römische Recht und das ALR ist, als es hiernach keine heilende Genehmigung des Erblassers gibt, und die Verträge über die Erbschaft eines unbestimmten Dritten miteinbezogen sind. [173])

Wenn im vorhergehenden die Geschichte der Erbschaftsverträge im Hinblick auf ihre **Zulässigkeit** geschildert worden ist, so muß im folgenden noch kurz skizziert werden, welche Wandlungen der Erbschaftsvertrag in bezug auf seinen **Inhalt** durchgemacht hat.

Im römischen Recht hatte das pactum de hereditate tertii, soweit es zulässig war, lediglich obligatorische Wirkung, d. h. es verpflichtete nur die eine Partei, der anderen nach Eintritt des Erbfalles die Erbschaft zu übertragen, ließ aber das Erbrecht und das Recht an der Erbschaft unangetastet. Das pactum de hereditate tertii gehörte damit

[171]) Mot. Bd. 1 S. 184.

[172]) Der Erbvertrag kann nur vom Erblasser persönlich geschlossen werden und setzt unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus. (§ 2274). Nach dem damaligen Stande der Beratungen galt das gleiche für den Erbverzicht. Vgl. E I § 2020 i. V. mit 1911; und Prot. Bd. 5 S. 601.

[173]) Prot. Bd. 1 S. 456 f.

systematisch nicht in das Erbrecht, sondern in das Obligationsrecht. [174]) Diese Regelung ist auch gemeines Recht geworden.

Diejenigen Rechte dagegen, die dem Erbschaftsvertrage etwas freundlicher gegenüberstehen, begnügen sich nicht mit der obligatorischen Wirkung.

So bestimmt das oben angeführte Züricher Zivilgesetzbuch im § 2140, [175]) daß die Wirkung des Vertrages darin besteht, daß die Erbschaft dem Erwerber statt des Veräußerers mit dem Anfall zukommt, und daß der Veräußerer für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht haftet. Wenn Bluntschli diese Bestimmung dahin erläutert, [176]) daß der Auskäufer zwar nicht unmittelbar als Erbe anzusehen ist, sondern nur als „Vertreter des ausgekauften Erben . . . zu eigenem Recht", so kommt in diesem Gedanken deutlich, aber etwas unbeholfen die Erkenntnis zum Ausdruck, daß obligatorische und erbrechtliche Wirkung nicht konträre Gegenstände sind, sondern daß ein Drittes dazwischen sehr wohl möglich ist. [177]) Ebenso werden die nach dem bayrischen Recht unbeschränkt zulässigen Erbschaftsverträge [178]) dahin ausgelegt, [179]) daß der Erbschaftskäufer die Erbschaft unmittelbar erwirbt und der Veräußernde nur das nudum jus successionis behält.

Das ALR, das Vorbild des BGB, ging bezüglich des Inhalts der Erbschaftsverträge am weitesten. Danach griffen diese unmittelbar in das Erbrecht ein, änderten also die Erbfolge selbst. [180])Hiernach hatte

---

[174]) Hasse S. 219; Beseler S. 332.

[175]) S. oben Anm. 169, wo auch der Wortlaut wiedergegeben ist.

[176]) Bluntschli IV S. 192: „Ein wahrer Erbverzicht ist zwar nur da vorhanden, wo der Erblasser bei dem Vertrage mitgewirkt hat und dieser zu einem wahren Erbvertrage geworden ist. Indessen hat der Erbauskauf, wenn er sich auf eine zukünftige Verlassenschaft bezieht, doch eine der erbrechtlichen analoge Wirkung. Die Erbschaft fällt dann nicht mehr dem ausgekauften Erben an, sondern dem Auskäufer, zwar nicht unmittelbar, wie bei dem Erbverzicht, aber mittelbar, insofern der Auskäufer als der rechtmäßige und zu eigenem Recht beteiligte Vertreter des ausgekauften Erben betrachtet wird. Insofern wird dem Erbauskauf allerdings, wenigstens mittelbar, eine erbrechtliche Wirkung zugeschrieben, und die Grenzen eines rein obligatorischen Vertrages sind überschritten". Zitiert nach Gruchot, Erbr. II S. 411.

[177]) Die im Züricher Gesetz vorgesehene Regelung unterscheidet sich gleichwohl von der hier befürworteten antizipierten Erbschaftsübertragung, insofern als hiernach der Veräußerer noch den Nachlaßgläubigern verhaftet bleibt, was im § 2140 des cit. Gesetzes ausdrücklich ausgeschlossen war. De lege ferenda scheint mir die Regelung des Züricher Gesetzes vorzuziehen zu sein. S. unten S. 55.

[178]) S. oben Anm. 167.

[179]) Roth III S. 350 f.

[180]) Gruchot, Erbr. II S. 415 f.; Dernburg § 180 S. 524 Anm. 19; EPrObTrib 57 S. 45: „Nicht nur obligatorische Ansprüche auf Abtretung der anfallenden Erbschaft, sondern . . . Ausschluß des Abgefundenen von der Erbschaft".
Zu Unrecht bestritten für den Fall, daß der Erblasser nicht bei dem Vertrage mitwirkte, von Förster-Eccius S. 509.

der Erbschaftsvertrag die Wirkung, daß der Uebertragende „sich seines künftigen Erbrechts mit der Wirkung entäußert, daß er im Augenblick des Todes des Erblassers gar nicht mehr als Erbe zu betrachten ist.“ [181]) Der Erbschaftsvertrag hatte also erbrechtlich-dingliche Wirkungen, wie er sich denn auch im System des ALR unter den Erbverträgen findet.

Bei der Schaffung des BGB wurde nun zwar die Regelung der Zulässigkeit im wesentlichen aus dem ALR entnommen, dagegen nicht die Regelung der Wirkung des Erbschaftsvertrages. Man konnte dem Erbschaftsvertrage, da er ohne jede Mitwirkung des Erblassers zustande kommt, nicht die erbrechtliche Wirkung der spezifischen Verträge des Erbrechts verleihen, wollte man sich nicht zu den im Erbrecht eingehaltenen Grundsätzen in Widerspruch setzen: „es genüge, wenn dem abfindenden Erben ein obligatorischer Anspruch auf den Erbteil des Abgefundenen zuerkannt werde“. [182])

Warum hat nun aber die Kommission, wenn sie die erbrechtlich-dingliche Wirkung abgelehnt hat, nicht wenigstens die dingliche Wirkung zugelassen, warum hat sie nicht bestimmt, daß unter Aufrechterhaltung der Erbfolge nur das Recht am Nachlaß auf den Erwerber übergehen soll?

Zwei Gründe sind hierfür anzugeben.

Zunächst war der Kommission der Unterschied zwischen Erbrecht und Erbschaft überhaupt unbekannt, [183]) und infolgedessen vermochte sie auch nicht zu scheiden zwischen dem Uebergang des „Intestaterbrechts“ (wie es in den Protokollen heißt) und des Rechts am Nachlaß.

Ein weiterer Grund liegt in der Stellungnahme des E I zur Frage der Uebertragung von Vermögensinbegriffen. Das BGB steht hier auf dem Standpunkt der dinglichen Spezialübertragung, d. h. es muß zur Uebertragung eines Vermögens jedes zum Vermögen gehörige Recht besonders übertragen werden. [184]) Unsere Konstruktion der proleptischen Erbschaftsübertragung beruht aber darauf, daß dieses Prinzip vom Gesetzgeber in Ansehung der Uebertragung des Erbteils im § 2033 Abs. 1 durchbrochen ist. Als die 2. Kommission über den heutigen § 312 Abs. 2 beriet, galt dieses Prinzip noch ausnahmslos. Der heutige Abs. 1 des § 2033 existierte damals noch nicht, da er erst später im Laufe der Beratungen eingesetzt wurde. [185]) Da für die Kommission von ihrem damaligen Standpunkt aus eine gegebene Tatsache war, daß der Erbteil **nach** seiner Entstehung nicht übertragbar ist, so konnte seine Uebertragbarkeit **vor** dem Erbfall überhaupt gar nicht erst in die Debatte gezogen werden. [186])

Wenn wir die geschichtlichen Ausführungen in Beziehung setzen wollen zu der Ratio des § 312, so ist festzustellen, daß der § 312 Abs. 2

---

[181]) Gruchot a. a. O. — Diese auf freieren, naturrechtlich beeinflußten Ideen beruhende Regelung hat den praktischen Vorzug, daß der Veräußerer von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei wird. EPrObTrib 57 S. 45.

[182]) Prot. I S. 456 f.

[183]) Binder, Rechtsstellung III S. 95.

[184]) S. oben S. 35 f.

[185]) Prot. V S. 837.

[186]) Martinius S. 254.

eine bewußte Abkehr darstellt von der vorher in Deutschland herrschenden gesetzlichen Regelung der Erbschaftsverträge, indem hier eine ziemlich weitgehende Zulässigkeit ausgesprochen ist. Anlaß zu dieser Abweichung war das Bedürfnis des modernen Verkehrs, der eine besondere Ausnutzung des Familienvermögens erfordert, vor allem in dem Fall, daß ein Familienmitglied auswandern will. Der § 312 Abs. 2 ist aus der Tendenz heraus geboren, die Abfindung zu erleichtern und die Stellung des Abgefundenen zu verbessern. [187]) Da diese Tendenz auf der anderen Seite eine Schranke an der Unantastbarkeit des Erbrechts fand, und dem Gesetzgeber ein Drittes zwischen erbrechtlicher und obligatorischer Wirkung unbekannt war, so konnte seine Hilfsbereitschaft für die Abfindungsgeschäfte nur darin zum Ausdruck gelangen, daß er dem Verkehr obligatorisch wirkende Verträge zur Verfügung stellte. Und wenn sich der Gesetzgeber damit zu beruhigen suchte, daß ein obligatorischer Vertrag den Verkehrsbedürfnissen vollauf genüge, [188]) so beruht das auf einer Verkennung der Tatsachen. Denn praktisch haben die Parteien durch den Abschluß eines nur obligatorisch wirkenden Erbschaftsvertrages so gut wie gar nichts erreicht: der abgefundene Erbe, der etwa auswandern und daher mit dem Erbfall und der Erbschaft in Zukunft nichts mehr zu schaffen haben will, muß, sobald der Erbfall eingetreten ist, nun doch die dingliche Uebertragung der Erbschaft vornehmen. Dadurch ist der praktische Wert des § 312 Abs. 2 geradezu illusorisch geworden. [189])

Hier kommt aber unsere antizipierte Erbschaftsübertragung dem Gesetze zu Hilfe. Nunmehr kann der Abgefundene sofort, vor Eintritt des Erbfalls, die dingliche Uebertragung der Erbschaft vornehmen, der Erbfall schafft ihm in dieser Hinsicht keine Belästigungen oder Verpflichtungen mehr. Und auf der anderen Seite ist diese Besserstellung des Abgefundenen erreicht, ohne Eingriff in das Erbrecht selbst.

Hieraus erhellt aber, **daß unser Vertrag sich durchaus in den Rahmen und die Tendenz des § 312 fügt,** ein Argumentum e cotrario gegen

---

[187]) Zweifellos ist die geschichtliche Entwicklung des Erbschaftsvertrages in Beziehung zu setzen zu der volkswirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung: ein jüngeres Volk hat ein weniger entwickeltes Wirtschaftsleben, dafür einen festeren Zusammenhalt in den Geschlechts- od. wenigstens Familienverbänden. Hier widerspricht ein Erbschaftsvertrag, eine Negotiierung des Erbteils, und damit eine Negotiierung der Familienzugehörigkeit, geradezu den kulturellen Anschauungen. Anders bei entwickelter Kultur: der steigende Verkehr und die zwangsläufig damit zusammenhängende Lockerung des Familienverbandes verlangt von der Rechtsordnung eine immer weitergehende Nachgiebigkeit gegenüber der Zulassung des Erbschaftsvertrages. Beachte in diesem Zusammenhang die Stellungnahme der naturrechtlichen Kodifikationen des ALR und des Cod. Max. bav. — Diese Erscheinung bildet eine Parallele zu der Entwicklungsgeschichte der Verfügungen von Todeswegen.

[188]) Prot. I S. 457.

[189]) Ueber den Ausweg, den die heutige Praxis gefunden hat, vgl. unten S. 56

unseren Vertrag würde nicht der Ratio des § 312 entsprechen. [190])

2. Wenn auch aus dem § 312 kein Bedenken gegen die generelle Zulässigkeit der antizipierten Erbschaftsübertragung zu entnehmen ist, so folgt doch aus diesem § eine gewisse Beschränkung der Zulässigkeit.

Denn es kommt hier zum Ausdruck, daß diejenigen Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten, die nicht unter den Absatz 2 fallen, nach der im Gesetz maßgeblich verkörperten allgemeinen Rechtsauffassung nach wie vor das Moment der Unsittlichkeit an sich tragen; nur für die Verträge im Rahmen des Abs. 2 soll die Unsittlichkeit generell ausgeschlossen sein.

Wenn es sich auch bei unserem Vertrage nicht um einen Vertrag gemäß § 312 Abs. 2 handelt, dem wir dingliche Wirkung beilegten, so gilt doch der legislative Grund für die Einschränkung der obligatorischen Erbschaftsverträge auch bei einer dinglich wirkenden Erbschaftsübertragung vor dem Tode des Erblassers, denn in jedem Falle handelt es sich um eine gewisse Spekulation auf den Tod eines lebenden Menschen, die das Gesetz gerade eindämmen will.

Es ist daher für die antizipierte Erbschaftsübertragung Gültigkeitsvoraussetzung, daß sie sich innerhalb der Schranken des § 312 Abs. 2 hält. [191])

Die erste Schranke des § 312 ist, daß nur künftige **gesetzliche Erben** den Vertrag schließen können.

Fraglich und kurz zu untersuchen ist: wer ist gesetzlicher Erbe.

Gesetzliche Erben sind diejenigen Personen, die bei dem Tode des Erblassers kraft gesetzlicher Berufung (§§ 1924—1936) Erben sind. Aus dem Wortlaut des § 312 Abs. 2 folgt nicht, daß es sich um die **nächsten** gesetzlichen Erben handeln muß, auch ein entfernterer gesetzlicher Erbe kann Vertragspartner sein. [192]) Es ist auch nicht erforderlich, daß zur Zeit des Erbfalls beide Parteien tatsächlich gesetzliche Erben werden, es genügt, daß beide Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses zu dem Erblasser in einem solchen Verhältnis stehen, daß sie dessen gesetzliche Erben werden können. [193])

Das zweite Erfordernis des § 312 Abs. 2 ist, daß sich der Vertrag gegenständlich auf den gesetzlichen Erbteil [194]) bezieht. Hier ist strittig,

---

[190]) Strohal Erbr. II S. 95; I S. 529. Doch ist seine Formulierung mißlich gewählt (§ 312 enthalte Ausnahmerecht, das seinen praktischen Zwecken entsprechend ausgelegt werden muß). Gegen Strohal Planck Bem. 2 vor §2346, der aber Strohals Begründung und den Sinn des § 312 mißversteht.

[191]) Diese Einschränkung wird von allen Schriftstellern durchgehends gemacht, die die Zulässigkeit unseres Vertrages bejahen.

[192]) Für die Auslegung des § 312 allgemein anerkannt, vgl. Staudinger § 312 II.

[193]) RG 98 S. 330 ff.; RGR-Komm. § 312, 2. — Es genügt nicht, daß ein solches Verhältnis nach Vertragsabschluß, aber vor dem Erbfall entsteht (etwa durch Heirat oder Adoption). Denn die Nichtigkeit des Vertrages beruht nicht auf dem Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern in der Unsittlichkeit des Vertragsabschlusses selbst. S. auch unten S. 50

[194]) Oder einen Bruchteil des Erbteils.

ob der Erbteil kraft gesetzlicher Berufung erlangt sein muß, oder ob es genügt, wenn der Veräußerer kraft letztwilliger Verfügnug auf den gesetzlichen Erbteil eingesetzt ist (vgl. z. B. § 2052 Abs. 1). Wenn das Gesetz die Verträge nach § 312 auf den gesetzlichen Erbteil beschränkt, so will es damit ihren aleatorischen Charakter insofern einschränken, als nicht bestimmte Summen zum Vertragsgegenstand gemacht werden sollen. Deshalb soll nur über **das** paktiert werden können, was den Parteien aller Wahrscheinlichkeit nach beim Erbfall zufallen würde: über den gesetzlichen Erbteil. Nach dem Sinne des Gesetzes kann es gleichgültig sein, ob der Erbe dieselbe Erbquote kraft gesetzlicher oder testamentarischer Berufung erlangt. Die Existenz eines Testaments, das die Erbquoten unberührt läßt und nur etwa die Erben als solche beiläufig aufführt, darf unmöglich die Gültigkeit des Erbschaftsvertrages beeinflussen können. [195])

III. Man hat schließlich aus dem **Wortlaut und der systematischen Stellung des § 2033** Bedenken gegen eine antizipierte Erbschaftsübertragung herleiten wollen, indem man gesagt hat, daß dieser § lediglich zur Durchführung der Auseinandersetzung des Miterbenverhältnisses dient und deshalb vor der Entstehung des Miterbenverhältnisses, also vor dem Erbfall, nicht angewendet werden kann. [196])

Im Grunde kehrt hier derselbe Einwand in anderer Gestalt wieder, der gegen die Abtretung künftiger Forderungen aus dem Wortlaut des § 398 geschöpft wurde. [197]) Wenn dort gesagt wurde, der § 398 wolle nur gelten, wenn eine Forderung, ein Gläubiger existiert, so ist es dasselbe, wenn hier gesagt wird, der § 2033 kann nur angewendet werden, wenn ein Erbteil, eine Erbengemeinschaft vorliegt. Wie dort kann aber auch hier der Einwand damit geschlagen werden, daß es gerade Sinn und Zweck der Antizipation der Uebertragung ist, daß im Augenblick der Vornahme der Uebertragungshandlung die Voraussetzungen der Wirksamkeit der Uebertragung nicht vorzuliegen brauchen. § 2033 will nicht sagen, **wann** ein Nachlaßanteil übertragen werden kann, sondern nur, **daß** er übertragen werden kann, daß hier das Prinzip der dinglichen Spezialübertragung nicht gilt.

Da hier eine Uebertragung nach § 2033 Abs. 1 vorliegt, müssen auch die Voraussetzungen dieses § gegeben sein.

Die **Form** der antizipierten Uebertragung richtet sich nach § 2033 Abs. 1 S. 2: **erforderlich ist** demnach **ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag.**

Daß dagegen ein **Miterbenverhältnis**, ein **Anteil** nicht erforderlich ist, daß der § 2033 Abs. 1 auch auf den Alleinerben analog anzuwenden ist, ist oben [198]) gezeigt worden. Es ist auch nicht erforderlich, daß der ganze Nachlaßanteil, bezw. die ganze Erbschaft den Gegenstand der Uebertragung bildet. Auch ein Bruchteil des Erbteils kann nach § 2033 Abs. 1 veräußert werden. [199])

---

[195]) Schiff S. 19; Scheibner S. 338 f. A. M. freilich die h. L. unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut, z. B. RG 98 S. 332; Planck § 312, 2.

[196]) Süß S. 22., 29.

[197]) S. oben S. 27.

[198]) S. S. 34 ff.

[199]) So die h. L., z. B. Staudinger § 2033 1c.

C. Als **Ergebnis** unserer Ausführung können wir betr. die Zulässigkeit der Uebertragung des Erbrechts vor dem Erbfall zusammenfassend feststellen:

Die Uebertragung des Erbrechts i. e. S. (= der Erbenstellung) ist unmöglich. Die Uebertragung der Erbschaft, bzw. des Erbteils ist vor dem Erbfall möglich und zulässig, soweit es sich um den gesetzlichen Erben und den gesetzlichen Erbteil handelt.

D. Wie stellt sich Rechtsprechung und Literatur zu diesem Ergebnis?

I. Das Reichsgericht hat zu dem eigentlichen, hier behandelten Problem der Zulässigkeit einer antizipierten Erbschaftsübertragung noch nicht Stellung genommen. Die Entscheidungen, die man hier etwa heranziehen könnte, [200]) sprechen lediglich den einen Gedanken aus, daß die Verträge nach § 312 Abs. 2 nur schuldrechtliche, nicht auch erbrechtlich-dingliche Wirkung haben können, daß durch Vereinbarungen Dritter nichts am Erbrecht geändert werden könne, ein Satz, der auch in dieser Arbeit anerkannt wurde. [201]) Nun ist aber die antizipierte Erbschaftsübertragung nicht ein Vertrag nach § 312 Abs. 2, dem wir nur dingliche Wirkung beilegten, vielmehr handelt es sich hier um eine antizipierte Uebertragung gemäß § 2033 Abs. 1. Dieser § wird aber vom RG nirgendwo in diesem Zusammenhang erwähnt. Es darf daher in den angeführten Entscheidungen keine Stellungnahme des RG für unser Problem gefunden werden. Die hier behandelte Frage hat dem obersten Gericht noch nicht vorgelegen. Doch ist zu vermuten, daß das RG bei seiner außerordentlich weitgehenden Befürwortung der antizipierten Verfügung [202]) auch die antizipierte Erbteilsübertragung nicht ablehnen dürfte.

II. Wie das RG behandeln auch die Mehrzahl der Schriftsteller diese Frage. Anläßlich der Erläuterung des § 312 wird mit der erbrechtlich-dinglichen Wirkung des Erbschaftsvertrages zugleich jede nicht-

---

[200]) RG 65 S. 367; 71 S. 136; Warn E 1918 Nr 147 S. 222.
In der ersten Entscheidung war für einen künftigen Erbteil vom Erblasser eine Hypothek bestellt und dann der so gesicherte Erbteil an einen Miterben übertragen worden Das RG hatte die Frage zu entscheiden, ob der Zessionar die Hypothek erworben hat. Es kam zur Verneinung, weil ein Vertrag nach § 312 Abs. 2 nur schuldrechtliche Wirkung hat. Das Resultat ist richtig, die Begründung falsch. Der Erwerber hat den Erbteil, aber nicht die Hypothek erlangt. Letztere nicht, weil sie garnicht wirksam begründet worden ist; denn für einen Erbteil, ein absolutes Recht, kann eine Hypothek nicht bestellt werden. Das RG müßte zu dem Resultat kommen, daß dem ersten Erben die Hypothek für den Erbteil zugestanden hätte!
In der zweiten angeführten Entscheidung wiederholt das RG gewohnheitsmäßig, daß Verträge nach § 312 Abs. 2 keine erbrechtliche Wirkung haben. Doch wenn es incidenter aus diesem Grunde die Verfügung über den künftigen Pflichtteilanspruch für ausgeschlossen hält, so liegt hierin ein grober Schnitzer, da eine Verfügung über den Pflichtteilanspruch nie das Erbrecht beeinflussen kann.

[201]) S. oben S. 33 f.

[202]) S. oben Anm. 87, 121, 123 f. und Bd. 82 S. 229.

obligatorische Wirkung abgelehnt. [203]) Doch liegt hierin nur ein Vorbeigehen an der Frage, nicht eine Verneinung.

Das eigentliche hier in Frage stehende Problem ist nur vereinzelt berührt worden und in der Regel ohne nähere Begründung bejaht oder verneint worden. [204]).

Eingehender mit diesem Problem [205]) haben sich nur Martinius und Endemann beschäftigt und kommen zu demselben Ergebnis wie der Verfasser.

Ersterer [206]) gibt jedoch eine abweichede Begründung. Er konstruiert den Vorgang folgendermaßen: der Erbe überträgt ein gegenwärtiges Anteilsrecht an dem gegenwärtigen Vermögen des noch lebenden Erblassers gemäß §§ 398, 413 Da ihm jedoch gegenwärtig ein solcher Anteil nicht zusteht, ist seine Verfügung die eines Nichtberechtigten und daher unwirksam. Doch wird dieselbe nach § 185 Abs. 2 geheilt, wenn er den Erblasser beerbt.

Diese Konstruktion ist indessen vollkommen abwegig. Denn ein Recht an dem Vermögen des Erblassers besteht vor dem Erbfall noch nicht, weder in der Person des Erben noch des Erblassers. Daher kann eine Uebertragung nach § 413 auch nicht in Frage kommen. Dann ist aber auch die Heranziehung des § 185 in diesem Zusammenhang ganz verfehlt. Denn der Erbe verfügt nicht über ein existentes Recht als Nichtberechtigter, sondern über ein künftiges Recht als ein künftig Berechtigter. Die praktische Konsequenz von Martinius' Ansicht wäre, daß die Heilung der Verfügung auch auf Grund anderer Tatsachen eintreten könnte, wenn der Erblasser die Verfügung genehmigt, wenn der Erbe das Vermögen vor dem Erbfall erwirbt, oder vor allem, wenn der Erblasser den vorher sterbenden Erben beerbt und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet: in allen diesen Fällen würde die Verfügung bereits vor dem Erbfall Wirksamkeit erlangen und der in Frage stehende Vermögensteil unmittelbar auf den Erwerber übergehen. Ein Resultat, das die Verkehrtheit der Konstruktion ganz deutlich werden läßt!

Endemann [207]) gibt im wesentlichen die gleiche Begründung wie der Verf. und weicht nur insofern ab, als er stets in einem Vertrage nach § 312 Abs. 2 die antizipierte Uebertragung des Erbteils enthalten wissen will. Diese Ansicht, entsprungen aus der ablehnenden Haltung Endemanns gegenüber der scharfen Trennung von Verpflich-

---

[203]) Vgl. durchgehends die Kommentare zu § 312 (außer Warneyer, s. folgende Anmerkung.

[204]) **Für die Zulässigkeit** der antizipierten Erbschaftsübertragung: Endemann Lehrb. S. 664 f. / Martinius S. 253 ff. / Kipp § 43 II 5, / Warneyer § 312 II, / Strohal, Erbr. I S. 529; II S. 95, / Du Chesne S. 224, / Kretschmar, Erbr. S. 650, / Crome V S. 696 N. 34, / Lippmann S. 257, / Schiff S. 66 f. / Müller S. 233.

Gegen die Zulässigkeit: Eccius DJZ S. 54, / Süß S. 22 f., 29.

[205]) Doch auch nur für den Miterben; der Alleinerbe wird nirgends in Betracht gezogen.

[206]) A. a. O.

[207]) A. a. O.

tungs- und Verfügungsgeschäften im BGB, [208])ist aber augenscheinlich eben so falsch wie etwa die Annahme, daß in jedem Kaufvertrag zugleich die Uebereignung enthalten sei. — Auch geht aus Endemanns Ausführungen die allgemeine Zulässigkeit der antizipierten Verfügung nicht hervor.

Jedoch wesentlich weicht Endemann bezüglich der Wirkung der antizipierten Erbteilsübertragung von der hier vertretenen Ansicht ab. Da Endemann die Unterscheidung zwischen Erbschaft und Erbrecht bewußt ablehnt, [209]) so kommt er folgerichtig zu dem Ergebnis, daß eine derartige Uebertragung nicht nur das Recht am Nachlaß, sondern unmittelbar das Erbrecht ergreift, die Erbfolge ändert. „Damit würde die Lage so gestaltet, wie wenn A mit dem Erblasser einen Erbverzichtsvertrag zu Gunsten des B schließt". [210]) Hiermit ist Endemann aber bei einem Ergebnis, das wir oben als den Grundsätzen des geltenden Erbrechts widersprechend auf das entschiedenste abgelehnt haben: daß durch Rechtsgeschäft Dritter eine Aenderung des Erbrechts, der Erbfolge möglich ist, [211]) ja weiterhin noch, daß ein Vertrag nach § 312 Abs. 2 unmittelbar diese erbrechtliche Wirkung haben soll! [212])

Auf Endemanns Bedrünndung bezieht sich Warneyer, [213]) lehnt aber die von diesem statuierte Wirkung der Erbteilsübertragung ab, [214]) und dürfte somit der hier vertretenen Ansicht am nächsten kommen.

§ 5.

Die Wirkungen der antizipierten Erbschaftsübertragung.

Da es sich hier um eine antizipierte Uebertragung gemäß § 2033 Abs. 1 handelt, müssen hier im einzelnen die Wirkungen betrachtet werden, die sich aus dem Wesen der Antizipation ergeben (I), und die auf Grund des § 2033 Abs. 1 (II) eintreten. Schließlich (III) ist auf die Bedeutung des hier befürworteten Vertrages für die Rechtspraxis einzugehen.

I a. Die eigentliche Wirkung der Uebertragung, der Uebergang des Rechts, kann natürlich erst dann eintreten, wenn das Recht zur Entstehung gelangt ist. Doch schon **vor** der Entstehung des Rechtes, vor dem Erbfall, zeitigt die antizipative Uebertragung bereits gewisse Wirkungen, die eine Festigung der Rechtsstellung des Erwerbers bedeuten und welche die Antizipation unentbehrlich machen: die sog. **Vorwirkungen.**

Die Stellung des Erwerbers ist vor dem Erbfall insofern eine

---

[208]) Lehrb. S. 27 (unter 2).
[209]) S. oben S. 11 f.
[210]) S. 665.
[211]) S. oben S. 33 f.
[212]) S. oben S. 9, S, 43.
[213]) A. a. O.
[214]) § 2033 I.

bessere, als es bei der Entstehung des Rechts zur Uebertragung desselben keines Uebertragungsaktes mehr bedarf. Mit der Entstehung des Rechts geht dieses ipso jure auf den Erwerber über, da die zum Rechtsübergang erforderlichen Akte bereits sämlich getätigt sind. Eine Mitwirkung des Veräußerers ist also nicht mehr nötig, und man kann deshalb insofern von einer Gebundenheit des Veräußernden sprechen, als er durch sein passives Verhalten nicht mehr den Uebergang des Rechtes zu hindern vermag. [215])

Daß der Abschluß des Uebertragungsgeschäfts schon fertig vorliegt, hat weiter den Vorteil, daß es nicht schadet, wenn vor dem Erbfall die Voraussetzungen des Geschäftsabschlusses wegfallen, wenn insbes. eine Partei die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit oder die Geschäftsfähigkeit überhaupt verliert. [216])

Auch der Tod einer Partei läßt die Wirksamkeit der Erbschaftsübertragung unberührt, die auf Grund der vorgenommenen Uebertragung geschaffene Erwerbsberechtigung ist auf der Aktiv- wie auf der Passivseite vererblich. Es brauchen auch m. E. in der Person des in die Anwartschaft eintretenden Erben nicht die Voraussetzungen des § 312 Abs. 2 vorzuliegen: der Erbe des gestorbenen Erbschaftsveräußerers oder -erwerbers braucht nicht gesetzlicher Erbe des noch lebenden Erblassers zu sein. Denn der Grund für die Nichtigkeit der Verträge nach § 312 liegt in ihrem Abschluß, nicht in ihrem Inhalt begründet. Der Inhalt der erlaubten und verbotenen Erbschaftsverträge ist in jedem Fall der gleiche, das Gesetz wollte durch die Nichtigerklärung nur die im Vertragsabschluß zu Tage tretende unanständige Gesinnung der Parteien unterbinden. Wenn nun **nach** dem Vertragsabschluß und **ohne** Zutun der Parteien [217]) — durch den Tod einer Partei — eine andere Person in das Vertragsverhältnis tritt, so bleibt die einmal wirksam getätigte Uebertragung auch dann wirksam, wenn die eintretende Person nicht auch selbst einen derartigen Vertrag gültig schließen konnte. [218])

Wie ein passives Verhalten des Veräußerers oder eine Veränderung der Umstände den Rechtsübergang nicht verhindern kann, so vermag nunmehr der Veräußerer auch durch positives Tun nicht mehr die Lage des Erwerbers zu verschlechtern.

Unbeachtlich ist nunmehr ein einseitiger Widerruf, nicht anders wie bei einer bereits wirksam gewordenen Verfügung. Die Rückgängigmachung der Uebertragung kann **vor** dem Erbfall nur durch contrarius

---

[215]) Süß S. 60.

[216]) Ohmeyer S. 213; betr. die Konkurseröffnung s. unten S. 51.

[217]) Dagegen ist eine Weiterübertragung der erwarteten Erbschaft seitens des Erwerbers an einen Vierten nur dann als gültig anzusehen, wenn der Vierte gesetzlicher Erbe des Erblassers ist.

[218]) Natürlich muß der Erbe des Veräußerers beim Erbfall überhaupt Erbe des Erblassers auf den gesetzlichen Erbteil sein. — Das oben erhaltene Ergebnis entspricht dem in Anm. 188 gefundenen: Wie das nachträgliche Eintreten der Voraussetzungen des § 312 Abs. 2 die Uebertragung nicht gültig machen kann, kann das nachträgliche Wegfallen dieselbe nicht ungültig machen.

consensus, **nach** demselben nur durch Rückübertragung der Erbschaft erfolgen.

Auch durch widersprechende weitere Verfügungen kann der Veräußerer den Erwerb nicht mehr beeinträchtigen.

Wir haben gesehen, daß das Gesetz selbst zwei Fälle geregelt hat, in denen Verfügungs**akt** und **=wirkung** zeitlich auseinanderfallen: [219]) § 185 Abs. 2 und § 158 Abs. 1, d. i. die Konvaleszenz und die aufschiebende Bedingung. In beiden Fällen ist aber vom Gesetz angeordnet, daß bei dem Vorliegen von mehreren Verfügungsakten in Bezug auf ihre Wirksamkeit das Prioritätsprinzip gilt: Nach § 185 Abs. 2 S. 2 (ähnlich § 184 Abs. 2) und § 161 Abs. 1 ist eine spätere Verfügung insoweit unwirksam, als sie die Wirkungen einer früher getätigten beeinträchtigt oder vereitelt.

Dieser Satz ist aber stets dann anzuwenden, wenn Verfügungs**akt** und **=wirkung** zeitlich auseinanderfallen und mehrere Verfügungsakte vorgenommen sind. [220]) Daher ist auch bei der antizipierten Erbschaftsübertragung das Datum des Verfügungsaktes insoweit bedeutsam, als spätere Verfügungen des Veräußerers die Lage des Erwerbers nicht mehr verschlechtern können. [221])

Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen sind vom Gesetz ausdrücklich gleichgestellt Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen. Nach der Vornahme der Uebertragung ist somit die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers, des Veräußerers oder die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Veräußerers für den Erwerber unschädlich. [222])

Im Gegensatz zu diesen Vorwirkungen ist für die eigentliche Uebertragungswirkung das vollständige Vorliegen des Entstehungstatbestandes der Erbschaft erforderlich, insbes. der Erbfall.

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Entstehung der Erbschaft ist die Nichtausschlagung der Erbschaft seitens des Veräußerers. Da die Erbschaftsübertragung das Erbrecht, die Erbfolge, nicht verändert, ist der Veräußerer bei Eintritt des Erbfalls Erbe und hat als solcher das Ausschlagungsrecht. Man kann die Ausschlagung aber nicht deshalb für unwirksam halten, weil sie eine spätere, der Uebertragung widersprechende Verfügung über die Erbschaft wäre; denn die Ausschlagung ist keine Verfügung über die Erbschaft, genau so wenig wie der Nichterwerb eines Rechts eine Verfügung über das Recht bedeutet. Damit hat allerdings der Veräußerer immer noch eine Möglichkeit, durch positives Tun den Erbschaftserwerb seines Kontrahenten zu vereiteln. Indessen ist aus dem der Uebertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft eine Verpflichtung des Veräußerers zur Annahme der Erbschaft zu entnehmen, sodaß die Ausschlagung eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Vertragspartner begründen würde.

b. Auf die Frage, wie man sich die Wirkung der antizipierten Uebertragung im Augenblick des Entstehens des Rechts vorzustellen

---

[219]) S. oben S. 30.
[220]) Ohmeyer S. 213; Süß S. 73; v. Tuhr BA S. 227.
[221]) Betr. die Erbschaftsausschlagung s. allerdings unten.
[222]) Süß S. 70.

habe, sind zwei Antworten möglich — sog. **Wirkungstheorien der Antizipation —:**

1. Das Recht entsteht sofort in der Person des Erwerbers; [223])

2. Das Recht entsteht zunächst in der Person des Veräußerers, um aber in demselben Augenblick auf den Erwerber überzugehen — sog. Durchgangstheorie. [224])

Die Begründung der Durchgangstheorie knüpft an die Konstruktion der antizipierten Uebertragung an: die Uebertragung hat das in Zukunft entstandene Recht zum Gegenstand, Voraussetzung der Uebertragung ist somit die Existenz des Rechtes. Es muß also erst das Recht entstanden sein, dann kann der Uebergang erfolgen; die Entstehung des Rechts ist das primäre, der Uebergang das sekundäre Moment. Allerdings ist der Veräußerer eine nur logische Sekunde lang Subjekt des veräußerten Rechts, da auf Grund des bereits vorgenommenen Uebertragungsaktes das Recht im Augenblick der Entstehung — wie ein elektrischer Funke — auf den Erwerber überspringt.

Die andere Meinung hält diese Konstruktion für gekünstelt und behauptet, daß lediglich der Entstehungstatbestand des Rechts in der Person des Veräußerers vorzuliegen brauche, dann entstehe das Recht sofort und originär in der Person des Erwerbers. Diese Ansicht kommt dann konsequenterweise zu dem Ergebnis, daß die antizipierte Uebertragung in Wahrheit gar keine Uebertragung ist, daß es bei ihr keinen „bisherigen Gläubiger" gebe, sondern nur jemanden, der Gläubiger geworden wäre, wenn die antipizierte Uebertragung nicht stattgefunden hätte. [225])

Hiermit setzt sich diese Ansicht aber mit dem Wesen der antipizierten Uebertragung in Widerspruch. Denn „es enthält ein hysteron proteron erster Art, wenn man behaupten wolle, daß der Tatbestand, der die Abtretung erst wirksam macht, in seiner Bedeutung seinerseits aus der Abtretung beeinflußt werden könnte". [226])

Nicht nur konstruktive Gründe, auch die praktischen Konsequenzen sprechen für die Durchgangstheorie.

Nach der Durchgangstheorie ist der Erwerber — im Gegensatz zu der anderen Ansicht — Rechtsnachfolger des Veräußerers. Infolgedessen kommen hier die Schutzvorschriften der §§ 404 ff. analog (§ 413) zur Anwendung: insbes. hat der Schuldner die ihm gegen den Veräußerer zustehenden Einwendungen und Aufrechnungsrechte auch gegenüber dem Erwerber; der Schuldner, der von der Uebertragung der Erbschaft keine Kenntnis hat, wird nach §§ 406 f. geschützt.

Dieses Ergebnis, das sich aus der Durchgangstheorie ganz von selbst ergibt, ist das praktisch allein brauchbare. Denn die Lage des

---

[223]) v. Tuhr DJZ S. 429; ders. BA S. 277; Staudinger § 398, I 2; Planck § 398, I b; RGR-Komm. § 398, 2; Leonhard, Schuldr. S. 655.

[224]) RG in JW 1913 S. 132 f.; Ohmeyer S. 217; Süß S. 66; Planck 3. Aufl. § 398 4e; Oertmann Komm. § 399, 2; ders. Rechtsbedingung, S. 184; s. auch v. Tuhr II S. 392.

[225]) v. Tuhr DJZ S. 429.

[226]) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 184.

Schuldners darf durch eine proleptische Uebertragung ebensowenig verschlechtert werden wie durch eine normale Uebertragung.

Hier versagt die andere Theorie. Da aber auch sie die praktische Notwendigkeit dieses Ergebnisses anerkennt, sieht sie sich genötigt, zu einer Fiktion zu greifen: der Erwerber sei zwar nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers, müsse aber so angesehen werden, als ob er es sei. Was taugt aber eine Theorie, die in dem praktisch einzig wesentlichen Punkte ihre Konstruktion aufgibt? So hat auch v. Tuhr, ursprünglich der Hauptverfechter dieser Theorie, später seine Ansicht dahin berichtigt, daß er den Veräußerer „logisch betrachtet als Durchgangsperson" bezeichnet, [227]) womit er sich im Ergebnis auf den Boden der Durchgangstheorie stellt.

In noch größere Schwierigkeiten gerät die andere Theorie, wenn die Uebertragung nach Entstehung des Rechts angefochten wird. Nach der Durchgangstheorie ergibt sich ohne weiteres, daß in diesem Falle die Uebertragung nichtig ist und demzufolge des Recht dem Veräußerer zusteht. Welche Folge sollte aber die Anfechtung nach der gegnerischen Theorie haben? Ihr bleibt hier nichts anderes übrig, als die Vornahme einer besonderen Rückübertragung des Rechts — oder genauer: Weiterübertragung —, was jedoch zur Folge hätte, daß der Veräußerer das Recht nur mit den in der Zwischenzeit erfolgten Belastungen und Einschränkungen erwirbt, daß ein inzwischen über das Vermögen des Erwerbers eröffneter Konkurs die Rückübertragung überhaupt hindert. [228]) — Ein augenscheinlich unangemessenes Resultat!

Für unseren Fall ergibt sich unter Zugrundelegung der Durchgangstheorie, daß **der Erbschaftserwerber Rechtsnachfolger des Erben** ist. Gehört eine Forderung zum Nachlaß, so kann der Schuldner dieser Forderung Einreden und Aufrechnungsrechte gegen den Veräußerer auch gegenüber dem Erbschaftserwerber geltend machen.

II. Nach der Durchgangstheorie findet also im Augenblick der Entstehung der Erbschaft, d. h. im Augenblick des Erbfalls, ein Uebergang der Erbschaft gemäß § 2033 Abs. 1 statt. Von den dargestellten Vorwirkungen abgesehen, ist die Entwicklung der Rechtslage genau so, wie wenn der Veräußerer in der Sekunde nach dem Erbfall die Erbschaft dem Erwerber überträgt. Bezüglich der Einzelheiten dieses Rechtsvorganges kann daher auf die sinngemäße Anwendung der bei § 2033 entwickelten Rechtssätze verwiesen werden.

Hier ist nur noch kurz auf das bei § 2033 Abs. 1 entstehende Problem einzugehen: **Was ist der Gegenstand der Uebertragung?**

Drei Ansichten stehen sich hier einander gegenüber. Danach bilden den Gegenstand der Uebertragung:

1. Das Auseinandersetzungsguthaben; [229])
2. Der Anteil an der Erbschaft; [230])

---

[227]) II S. 393.

[228]) Ohmeyer S. 218; Süß S. 70.

[229]) Wendt S. 455.

[230]) So die h. L.: KG 30 A S. 101; OLG 6 S. 91; Planck § 2033, 3; Staudinger § 2033, 1 d; Pringsheim S. 35 ff.; Binder ArchBürgR S. 238 u. a. m.

3. Das Erbrecht selbst. [231])

Die erste Ansicht hält den Anteil am Nachlaß für identisch mit dem Auseinandersetzungsguthaben und leugnet, daß das Gesetz im § 2033 Abs. 1 eine dingliche Uebertragungswirkung statuieren wollte. Diese allgemein abgelehnte Ansicht [232]) ist aber augenscheinlich falsch, wie ein Vergleich des § 2033 Abs. 1 einerseits mit den §§ 717 Abs. 1 und 719 andererseits deutlich zeigt: nach dieser Ansicht könnte der Miterbe nicht mehr als der Gesellschafter, nämlich sein Auseinandersetzungsguthaben übertragen, während doch das Gesetz den Miterben in dieser Hinsicht besser stellen wollte.

Die zweite Ansicht unterscheidet zwischen Erbrecht und Erbschaft, und läßt die Uebertragung auf Grund des § 2033 Abs. 1 lediglich den Anteil an letzterer ergreifen.

Die dritte Ansicht ergibt sich, wenn man — wie Endemann [233]) — die Trennung zwischen Erbrecht und Erbschaft ablehnt; oder wenn man die Unterscheidung zwar anerkennt, aber eine Uebertragung der Erbschaft ohne das Erbrecht für ein „Unding" erklärt — so Leonhard; [234]) oder wenn man — wie Binder [235]) — den Unterschied zwar gleichfalls anerkennt, aber hier den Uebergang auch des Erbrechts als vom Gesetz gewollt ansieht.

Wir haben oben [236]) gesehen, daß das Erbrecht ein persönlicher Status ist, der nach unserem Recht der Uebertragung schlechterdings nicht fähig ist. Hieraus folgt aber ohne weiterers, daß die Uebertragung des Erbteils gemäß § 2033 Abs. 1 eben nur den Erbteil, nicht aber auch das Erbrecht ergreift.

Nach dem Erbfall hat also der **Veräußerer** trotz der Erbschaftsübertragung noch alle die Rechte und Pflichten, die sich aus seinem Erbrecht ergeben — die Erbschaft ausgenommen —. Er hat insbes. noch: [237])

das Recht auf Ausstellung des Erbscheins; [238])
das Ausschlagungsrecht;
die Eigenschaft, für erbunwürdig erklärt zu werden;
die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Dagegen hat der **Erwerber** nach dem Erbfall die Rechte, die Bestandteile der Erbschaft sind, bezw. die sich aus dem Mitrecht am Nachlaß ergeben. [239])

---

[231]) Endemann Lehrb. S. 362; ders. JW 1910 S. 92; Leonhard § 2033 III C; Binder Rechtsstellung III S. 93 ff.; später aber anders, s. Anm. 230.

[232]) S. Staudinger § 2033, 1 a; Strohal § 64 Anm. 19.

[233]) A. a. O. s. auch oben S. 11 f.

[234]) A. a. O.

[235]) Rechtsstellung III S. 93 ff.

[236]) S. 33.

[237]) S. im einzelnen oben S. 12 ff.

[238]) S. oben Anm. 27.

[239]) M. E. gehört hierzu auch das Vorkaufsrecht des § 2034. Denn es hat seinen Ursprung nicht in der Erbenstellung, sondern in dem Mitrecht am Nachlaß. Es ist genau so, wie etwa das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, oder das Verwaltungsrecht, ein aus der inneren Organisation der Gemeinschaft am Nachlaßvermögen

Was die **Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten betrifft,** so gehen diese auf Grund des obligatorischen Vertrages auf den Erbschaftskäufer über (§§ 2383 i. V. mit 2385). Liegt ein gültiges Kaufgeschäft nicht vor, so muß man mit der Uebertragung der Erbschaft den Uebergang der Nachlaßverbindlichkeiten auf den Erwerber annehmen, in analoger Anwendung der cit. §§.[240]) Da die Haftung aber im übrigen ein Ausfluß der Erbeneigenschaften ist, so bleibt die Haftung des Veräußerers bestehen,[241]) und beide haften als Gesamtschuldner (§§ 421 ff.).

III. Wenn wir den hier befürworteten Vertrag noch auf seine **praktische Brauchbarkeit** hin prüfen wollen, so fällt dabei hauptsächlich ins Gewicht, daß er den Uebergang des Erbrechts nicht bewirkt und daher den von den Parteien gestellten Anforderungen nicht völlig entspricht. Denn der Veräußerer verfolgt doch in der Regel mit dem Abschluß eines derartigen Vertrages — in Verbindung mit einem Erbabfindungsvertrage — den Zweck, in Zukunft mit dem Erbfall und der Erbschaft überhaupt nichts mehr zu tun zu haben. Doch da ihm trotz Abschluß unseres Vertrages noch das Erbrecht als solches verblieben ist, so können ihm nach dem Erbfall vor allem aus seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten Schwierigkeiten entstehen.[242])

Aus diesem Grunde werden die Parteien nach wie vor am besten zum Ziele gelangen, wenn sie den Erblasser zum Vertrage hinzuziehen und mittels eines Erbvertrages unmittelbar auf die erbrechtlichen Verhältnisse einwirken.

Unsere antizipierte Erbschaftsübertragung wird erst in dem Falle bedeutsam, wo eine Hinzuziehung des Erblassers unmöglich oder unerwünscht ist.

Begnügt man sich hier mit einem rein obligatorischen Vertrag nach § 312 Abs. 2, so muß nach Eintritt des Erbfalls der Abgefundene noch die Erbschaftsübertragung vornehmen, d. h. er muß, wenn er Alleinerbe ist, jeden einzelnen Nachlaßgegenstand nach den allgemeinen Regeln übertragen, wenn er Miterbe geworden ist, eine Uebertragung gemäß § 2033 Abs. 1 vornehmen. Ein praktisch ganz unbrauchbares Ergebnis,

---

sich ergebendes Recht. Der Erbschaftserwerber hat also gleich den übrigen Miterben das Vorkaufsrecht. So: Planck § 2034, 2 a; Strohal, Erbr. § 64 N. 23; Kreß, Erbengemeinschaft S. 188 N. 28; A. M. allerdings die h. L., die das Vorkaufsrecht als ein Ausfluß unmittelbar des Miterbrechts ansieht, z. B. OLG 26 S. 302; Staudinger § 2037 II 3; RGR-Komm. § 2034, 5. — Aus unserer Ansicht folgt, daß der Erbe, der seinen Erbteil veräußert hat, ein Vorkaufsrecht nicht mehr hat.

---

[240]) Strohal II S. 368.

[241]) So die h. L., z. B. Staudinger § 2383 II A 3; A. M. Endemann — S. 369 — und Leonhard — § 2033 III C 4 — in Konsequenz ihrer oben zu Anm. 233 f. dargestellten Ansicht.

[242]) Zwar enthält der Abfindungsvertrag wohl eine Erfüllungsübernahme des Abfindenden; doch hilft das dem Veräußerer nichts, wenn jener zahlungsunfähig ist.

wenn man bedenkt, daß der Abgefundene vielleicht ausgewandert oder sonstwie unerreichbar ist.

Bisher suchte man in der Praxis dieses Ergebnis dadurch zu vermeiden, daß der Abgefundene seinem Kontrahenten eine unwiderrufliche Vollmacht [243]) gab, die Erbschaft nach dem Erbfall sich selbst zu übertragen. [244]) Ein umständliches und in seinen praktischen Auswirkungen wenig brauchbares Verfahren! Denn hierbei fallen die oben dargestellten Vorwirkungen der antizipierten Uebertragung weg:[245])nach dem Erbfall ist noch ein besonderes Rechtsgeschäft erforderlich; der Veräußerer kann selbst bis zur erfolgten Vornahme der eigentlichen Uebertragung noch wirksame widersprechende Verfügungen vornehmen; es können die Gläubiger des Erben den Erbteil pfänden; nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung, insbes. der Konkurs vereitelt oder beschränkt den Erbschaftserwerb.

Infolge des Fehlens dieser Vorwirkungen leidet auch dieses heute übliche Verfahren an unerträglichen Mängeln. Demgegenüber stellt indessen die hier entwickelte antizipierte Erbschaftsübertragung zweifellos eine weitgehende Besserung dar.

---

[243]) Bestr., ob die Unwiderruflichkeit hier möglich ist, vgl. dagegen Staudinger § 312 I 1.

[244]) Goldmann-Heinitz S. 372 f., Staudinger a. a. O.

[245]) S. oben S. 49 ff.

Buchdruckerei G. Thiele, Lippstadt i. W.